خليج البحار
في شرح ملتقى الأبحر

تأليف

الإمام العلامة محمد بن إبراهيم بن محمد الرومي
الشهير بابن قصاب زاده (ت: ١٠٥٥هـ)

يحقق لأول مرة على ثلاث نسخ خطية

دراسة وتحقيق

مجموعة من الأفاضل في كلية الإمام الأعظم في العراق

تقديم

الأستاذ الدكتور الشيخ مصطفى ديب البغا

الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي

الأستاذ المساعد الدكتور يوسف خطار محمد

اعتنى به

مركز أمير لتحقيق المخطوطات في كركوك

المجلد الرابع

كتاب الوكالة إلى كتاب الكراهة

مكتبة أمير
كركوك - العراق

دار ابن حزم

خليج البحار
في شرح ملتقى الأبحر

(٤)

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً ۚ فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: ١٢٢]

رسائل مقدمة إلى مجلس كلية الإمام الأعظم الجامعة، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية.

(تخصص فقه)

الطَّبْعَةُ الأُولَى
١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١م

9 789959 858771

ISBN: 978-9959-858-77-1

دار ابن حزم
بيروت – لبنان – ص.ب : 14/6366
هاتف وفاكس : 701974 – 300227 (009611)
لبريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb
الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

كتاب الوكالة

هي بفتح الواو وكسرها، اسم للتوكيل: وهو الحفظ(١)، ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى؛ بمعنى: الحافظ(٢)؛ ولهذا قالوا: إذا قال: وكلتك بمالي(٣) أنه يَمْلك الحفظ فقط(٤)، وقيل: التركيب يدل على معنى الاعتماد والتفويض(٥)، ومنه التوكل يقال: على الله توكلنا؛ أي: فوّضنا [أ/٢٩٧] أمورنا إليه(٦).

وعلى هذا التوكيل لغةً: تفويض التصرف إلى الغير، وسُمي الوكيل به؛ لأن الموكل وكّل إليه القيام بأمره؛ أي: فوضه إليه اعتماداً عليه(٧)، فيكون فعيلاً بمعنى مفعول؛ لأنه يوكل إليه الأمر، **(هي إقامة الغير مقام نفسه في التصرف)**(٨)، والأصل في جوازها ما رُوي أنه ﷺ: وكل

(١) ينظر: المغرب: ص٤٩٤.
(٢) الوكيل: الحافظ: وهو من يعتمد على الله تعالى فيما نابه، كفى به وكيلاً موكولاً إليه أمره، وكفى به حافظاً وناظراً ومعيناً. تفسير الماتريدي (تأويلات أهل السنة): ١٠/٥٧.
(٣) في (أ): (بمال).
(٤) ينظر: المبسوط: ١٩/٢.
(٥) ينظر: المغرب: (ص ٤٩٤).
(٦) ينظر: جامع البيان (تفسير الطبري): ١٢/٥٦٣.
(٧) يقصد به الوكيل القائم بما فوض إليه، فيكون فعيلاً.
(٨) ينظر: تبيين الحقائق: ٤/٢٥٤، والجوهرة النيرة: ١/٢٩٨.

حكيم بن حزام[١][٢]، وعلى جوازها انعقد الإجماع[٣].

❊ ❊ ❊

[شرط الوكالة]

(وشرطها): أراد به الجنس؛ أي: صحة شرط الوكالة **(كون الموكل ممن**[٤] **يملك التصرف)**؛ لأن الوكيل يستفيد ولاية التصرف من الموكل ويَقْدِر عليه من قبله، ومن لا يَقْدِر على شيء كيف يَقْدر عليه غيره؟ وقيل: هذا على قولهما، وأما على قوله: فالشرط أن يكون التوكيل حاصلاً بما يملكه الوكيل، وأما كون الموكل مالكاً له؛ فليس بشرط عنده؛ إذ صح عنده توكيل المُسْلم ذمياً ببيع الخمر[٥] أو الخنزير وشرائه؛ لأنه في البيع يتصدق بالثمن، وفي الشراء يُخلل الخمر ويُسَيِّب الخنزير.

وقيل: المراد به: أن يكون مالكاً للتصرف نظراً إلى أصل التصرف، وإن امتنع في بعض الأشياء بعارض النهي، وبيع الخمر يجوز للمُسْلم في الأصل، وإنما يمتنع بعارض النهي[٦].

---

(١) حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزيز بن قصي القرشي الأسدي أبو خالد، صحابي، وهو ابن أخ خديجة أم المؤمنين، ولد في الكعبة، وكان صديقاً للنبي ﷺ قبل البعثة وبعدها، كان من سادات الجاهلية والإسلام، عالماً بالنسب، أسلم يوم الفتح، توفي في المدينة سنة (٥٤هـ)، ودفن في داره. ينظر: أسد الغابة: ٥٨/٢، تهذيب التهذيب: ٤٤٧/٢.

(٢) حديث توكيله ﷺ حكيم بن حزام رواه أبو داود، والترمذي، وأعلّه بالانقطاع، وضعفه آخرون لجهالة في سند الحديث، وسيأتينا في موضع آخر صحة توكيله لعروة البارقي. ينظر: سنن أبي داود: ٢٥٦/٣، سنن الترمذي: ٥٥٠/٣، ونصب الراية: ٩٠/٤.

(٣) ينظر: المغني لابن قدامة: ٦٣/٥.

(٤) في (أ): (من).

(٥) ينظر: العناية شرح الهداية: ٥١٠/٧.

(٦) ينظر: تبيين الحقائق: ٢٥٤/٤، ولسان الحكام: ص٢٥٠.

(و)كون (**الوكيل يعقل العقد**)؛ أي: يعرف أن الشراء جالب للمبيع، وسالب للثمن، والبيع على عكسه، ويعرف الغبن الفاحش من اليسير، [فلو كان مجنوناً أو صبيّاً لا يعقل؛ لم يصح توكيله][١]، (**ويقصده**) الوكيل بذلك ثبوت[٢] الحكم، [أو الربح لا الهزل][٣]، حتى لو تصرف هازلاً لا يقع عن الآمر.

وفرَّع على قوله: يعقله (ويقصده) قوله: (**فيصح توكيل الحُر البالغ**)، كان ينبغي أن يقيده بالعاقل؛ ليحترز [به][٤] عن المجنون، فإن وكالته غير جائزة[٥]، وإنما لم يقيده؛ نظراً للغالب، والمجنون نادر الوقوع، (**أو**) العبد (**المأذون**) البالغ مثلهما؛ أعني: (**حرّاً بالغاً، أو**) عبداً (**مأذوناً، أو صبيّاً عاقلاً، أو عبداً**) عاقلاً، وإن كانا (**محجورين**)[٦]؛ لأن الصبي العاقل ينفذ تصرفه بإذن وليه في مِلْك نفسه، فينفذ في مِلْك غيره بتوكيل، والعبد العاقل يملك التصرف على نفسه، حتى صح طلاقه، وإقراره[٧] بالحدود، فيصح تصرفه في حق غيره بتوكيله.

قوله: (**محجورَين**) ـ بفتح الراء ـ، صفة للصبي والعبد المذكورين.

(**بكل**) متعلق بالتوكيل[٨]، وقد تساهل من قال: إنه متعلق بـ(يصح)، (**ما يعقده هو**)؛ أي: الموكل (**بنَفْسه**)؛ أي: كل عقد صح أن يباشره الإنسان بنفسه من البيع، والشراء، والهبة، والصدقة، والإيداع، والرهن،

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) في (أ): (بثبوت).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) ينظر: الهداية: ١٣٧/٣.
(٦) الحَجْر: عبارة عن المنع عن التصرفات على وجه يقوم الغير فيه مقام المحجور عليه. ينظر: لسان العرب: ١٦٧/٤، الجوهرة النيرة: ٢٣٩/١.
(٧) في (ب): (إقراره).
(٨) في (ب): (بالتوكيل) وفي (ج): (للتوكيل)، الهداية: ١٣٧/٣.

والارتهان، وغيرها مما سيجيء، وجاز[(١)] أن يوكل غيره بمباشرته إيجاباً[(٢)] أو رفعاً.

(وبإيفاء كل حق) معطوف على قوله: (بكل عقد)؛ أي: يصح التوكيل بأداء [كل حق لصاحبه إن كان ذلك الحق على الموكل[(٣)] - [الحقوق]، (وباستيفائه)؛ [أي][(٤)]: [يصح التوكيل][(٥)] بقبض كل حق ممن هو عليه، إن كان للموكل الاستيفاء[(٦)] (في حدٍّ وَقَود) من عطف الخاص على العام، والمعنى هو أنه لا يصح التوكيل في إيفاء الحد مطلقاً؛ إذ ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[(٧)]، ولا[(٨)] في استيفائه (مع غيبة الموكل) عن المجلس؛ لأن الحدود تندرئ بالشبهات[(٩)]، وشبهة العفو ثابتة حال غيبته، بل العفو هو الظاهر؛ لكونه مندوباً إليه بالنص[(١٠)]، بخلاف ما إذا كان الموكل حاضراً، فإن هذه الشبهة[(١١)] منتفية حينئذ، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء بنفسه[(١٢)]، فلو لم يجز التوكيل فيه ينسد باب الاستيفاء.

---

(١) في (ج): (جاز).

(٢) في (أ) و(ج): (إيجاداً).

(٣) (الحقوق) سقط من: (ب)، قوله: (كل حق لصاحبه إن كان ذلك الحق على الموكل) سقط من: (أ).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) سقط من: (أ) و(ج).

(٦) في (ب): (الاستثناء).

(٧) ينظر: تهذيب اللغة: ١٦٧/١٣، أحكام القرآن للجصاص: ٣٦/٣، والآية هي من سورة الأنعام: من الآية (١٦٤)، سورة الإسراء: من الآية (١٥)، سورة فاطر: من الآية (١٨)، سورة النجم: من الآية: (٣٨).

(٨) في (أ): (إلا).

(٩) ينظر: الأشباه والنظائر: ص١٠٨.

(١٠) قال تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨].

(١١) في (ج): (الشبهات).

(١٢) ينظر: المبسوط: ٩/١٩، والهداية: ١٣٦/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٥٧/٢.

(ويصح) التوكيل بالخصومة[١] عطف على (بكل)؛ أي: الدعوى، والجواب (في كل حق) يطلبه [المدعي من][٢] المدعى عليه؛[٣] إذ[٤] ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات، فيحتاج إلى توكيل غيره (بشرط رضى الخصم للزومها)؛ يعني: إن رضى الخصم شرط للزوم الوكالة لا لجوازها عنده، اللهم (إلا أن يكون الموكل مريضاً لا يمكنه حضور مجلس الحاكم) بقدميه، لا يخفى أن قيد المرض اتفاقي، وإلا فلو كان صحيحاً غير أن حضوره مجلس الحكم[٥] متعذر كما لو كان حلف على عدم الحضور أو علق بالطلاق أو العتاق أو بعذر[٦] آخر، فلا شك في جواز التوكيل[٧] تحرزاً عن لزوم الضرر.

(أو غائباً مسافة سفر)؛ يعني: أن يكون الموكل بعيداً عن مجلس الحكم بهذا المقدار فصاعداً، (أو مريداً للسفر)؛ أي: متهيئاً له بحيث لو حضر مجلس الحكم يفوته، ويعلم ذلك بالسؤال من[٨] رفقته، وممن له اطلاع على حاله، ولا يُقْبل قوله: إني أريد أن أسافر؛ لأنه يريد أن يشغل الوكيل بالحيل؛ ليدفع حق خصمه عنه.

(أو) يكون الموكل[٩] (مخدرة)[١٠]: وهي التي لا يراها غير

---

(١) الخصومة: هي الجدل، والخصم هو المخاصِم ـ بكسر الصاد ـ والخصومة شرعاً: الجواب بنعم أو لا، أو هي الدعوة الصحيحة، أو هي الجواب الصريح. ينظر: تهذيب اللغة: ٧/٧٢، والجوهرة النيرة: ١/٢٩٨، والبحر الرائق: ٧/١٤٤.

(٢) سقط من: (ب).

(٣) ينظر: الجوهرة النيرة: ١/٢٩٨.

(٤) في (ج): (أو).

(٥) في (أ): (الحاكم).

(٦) في (أ): (العذر).

(٧) ينظر: مختصر القدوري: ص١١٥، والهداية: ٣/١٣٧، والاختيار لتعليل المختار: ٢/١٥٧.

(٨) في (أ): (عن).

(٩) في (ب): (للموكل).

(١٠) مخدرة: الخِدْر: الستر، وجارية مخدرة: إذا لازمت الخِدْر. ينظر: الصحاح: ٢/٦٤٣.

المحارم من الرجال[١] بكراً كانت[٢] أو ثيباً **(غير معتادة الخروج إلى مجلس الحكم)**[٣]، وبالجملة من لم تجرِ[٤] عادتها بالبروز إلى حاجتها[٥]، قال الجصاص[٦]: يلزم توكيلها؛ لأنها لو حضرت مجلس الحكم يمنعها الحياء أن تنطق بحقها[٧]، وهذا استحسان، اختاره المتأخرون، وعليه الفتوى[٨]، وكذا إذا عَلِم القاضي أن الموكل عاجز عن البيان في الخصومة بنَفْسه.

(وعندهما) وعند الشافعي: **(لا يشترط رضى الخصم)**[٩]، والتوكيل جائز لازم؛ لأن التوكيل تصرف من الموكل في خالص حقه، فلا يتوقَّف على رضى غيره، كالتوكيل بتقاضي الديون.

ولأبي حنيفة: إنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه؛ لأن الجواب مستحق على الخصم، ولهذا يلزم حضوره في الحكم، والناس متفاوتون في الخصومة[١٠]، فلو قلنا بلزومه يتضرر الخصم، فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه[١١] أحد مَوْلَيَيْهِ[١٢] يتخير الآخر، بخلاف المريض والمسافر؛ لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك[١٣].

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٢٥/٩.
(٢) في (أ) و(ج): (كان).
(٣) في (أ) و(ب): (الحاكم).
(٤) في (ب): (يكن).
(٥) ينظر: الهداية: ١٣٧/٣.
(٦) ينظر: خليج البحار: ص٦٧٨.
(٧) ينظر: بدائع الصنائع: ٢٢/٦، وفتح القدير: ٥٠٩/٧.
(٨) ينظر: فتح القدير: ٥٠٩/٧.
(٩) ينظر: تحفة الفقهاء: ٢٢٨/٣، والمهذب: ١٦٣/٢.
(١٠) ينظر: العناية شرح الهداية: ٥٠٨/٧.
(١١) في (أ): (كانت) وسقط من: (ب).
(١٢) في (أ): (موليه).
(١٣) ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٢٤/٩.

اعلم أن القاضي إذا عَلِم التعنت من الإباء[(١)]؛ يقبل توكيله من[(٢)] غير رضاه، وإذا علم أن الموكل قصد إضرار خصمه لا يُقبل[(٣)]، وهو مختار المتأخرين للفتوى.

(وحقوق عقد) مبتدأ خبره قوله الآتي: **(تتعلق به)** **(يُضِيفه الوكيل إلى نَفْسه)** في عُرف أهل المعاملة.

اعلم أن العقود التي يتعاطاها الوكلاء على ضربين:

[أحدهما: ما يُضيفه الوكيل إلى نَفْسه عند المباشرة][(٤)].

والثاني: ما يُضيفه إلى موكله[(٥)].

فالأول **(كبيع وإجارة وصلح عن إقرار)** أمثلة للعقد: فإن الوكيل بالبيع يقول: بعت هذا منك، ولا يقول: بعت هذا منك من[(٦)] قبل فلان، وكذا الوكيل بالشراء يقول: اشتريت هذا منك، ولا يقول: لأجل فلان، فيضيف ذلك إلى نفسه، فلذلك يلزمه القيام بحقوقه.

(تتعلق)؛ أي: تلك الحقوق **(به)**؛ أي: بالوكيل **(إن لم يكن)**؛ أي: الوكيل **(محجوراً)** احترازاً عن الصبي والعبد المحجور، فإن توكيلهما جائز[(٧)]، لكن حقوق عقدهما ترجع إلى الموكل، **(فيُسلم)** الوكيل **(المبيع)** إلى المشتري في الوكالة بالبيع **(ويتسلمه)**[(٨)]؛ أي: يقبض المبيع عن بائعه

---

(١) الإباء: الامتناع؛ أي: إذا علم القاضي تعنت المدعي في إباء التوكيل يقبل التوكيل بغير رضاه. ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٢٣/٩.

(٢) في (أ): (في).

(٣) ينظر: المبسوط: ٨/١٩.

(٤) سقط من: (ج).

(٥) ينظر: الهداية: ١٣٧/٣، والعناية شرح الهداية: ١٥/٨.

(٦) كل النسخ: (عن)، والتصويب من درر الحكام: ١٦٢/٧.

(٧) ينظر: مختصر القدوري: ص١١٥، والاختيار لتعليل المختار: ١٥٧/٢ ـ ١٥٨، والعناية شرح الهداية: ٥١٢/٧.

(٨) في (أ): (ويسلمه).

في الوكالة بالشراء، (ويقبض الثمن)؛ أي: ثمن ما باعه[١] في الوجه [٢٩٨/أ] الأول، (ويطَالَب به) بفتح اللام؛ أي: يطلب منه ثمن ما اشتراه في الوجه الثاني، (ويرجع به)؛ أي: بالثمن (عند الاستحقاق)؛ أي: إذا استحق المبيع في[٢] يده، وكان قد سلم ثمنه إلى البائع؛ يرجع به عليه، (ويُخاصم) البائع (في عيب مشريه) إذا ظهر به عيب قديم، (ويرده[٣] به)؛ أي: يرد المبيع على البائع بالعيب، هذا (إن لم يُسلمه) بعد (إلى موكله، وبعد تسليمه) إلى الموكل، (لا) يخاصم فيه ولا يرده (إلا بإذنه)[٤]؛ أي: بإذن الموكل؛ لأن المِلْك وصل إلى مالكه.

(و يُخاصَم) ـ بالفتح ـ (في عيب مبيعه، وفي شفعته) مشريه؛ أي: شفعة ما باعه من العقار إن كان بعد في يده، وكذا في شفعة [مشريه، [أي][٥]: يخاصم فيها (إن كان في][٦] يده[٧] وكذا شفعة مشريه) يخاصم فيها إن كان[٨][٩] لم يُسلمه إلى الموكل بعد[١٠].

وقال الشافعي: إن الحقوق في جميع ما ذكر تتعلق بالموكل؛ لأنها تابعة لحكم[١١] التصرف، والحكم[١٢] وهو المِلْك يتعلق بالموكل[١٣]،

---

(١) في (ب): (ما باع).
(٢) في (ب): (من).
(٣) في (أ) و(ج): (ويرد).
(٤) ينظر: المبسوط: ٩/١٩، ومختصر القدوري: ص١١٥ ـ ١١٦.
(٥) سقط من: (ب) و(ج).
(٦) سقط من: (ب).
(٧) زيد في (أ) و(ب) ـ في هذا الموضع ـ (يعني).
(٨) قوله: (يخاصم فيها إن كان) سقط من: (أ).
(٩) قوله: (وكذا شفعة مشريه يخاصم فيها إن كان) سقط من: (ج).
(١٠) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٥٨/٢، وفتح القدير: ٣٤/٨.
(١١) في (ج): (بحكم).
(١٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز، للرافعي: ٤٢٥/١٣.
(١٣) في (أ): (به الموكل) وسقط من: (ب).

فكذا توابعه، والوكيل [فيها][(١)] كالرسول، وكالوكيل بالنكاح.

ولنا: إن الوكيل هو العاقد حقيقة وحكماً[(٢)]، أما الأول: فظاهر؛ لأن العقد يقوم باللفظ، وهو إنما يصدر من[(٣)] الوكيل، وأما الثاني: فلأنه يستغني عن الإضافة إلى الموكِّل، ولو كان رسولاً؛ لما استغنى عن ذلك كالرسول، وإذا كان كذلك كان أصيلاً في الحقوق، فتعلق[(٤)] به.

[قوله][(٥)]: **(والمِلْك يثبت)** في المشرِيِّ **(للموكل ابتداءً)** تحقيق للمحل[(٦)]، وبيانه: أن هناك؛ أي: في مباشرةِ الوكيلِ بالشراءِ العقدَ شيئان: ثبوت المِلْك في المشريّ، وثبوت التصرف في حقوقه، فالمِلْك يثبت للموكل ابتداءً، **(فلا يعتق قريب وكيل شراه)**[(٧)] وكالةً، الجملة صفة وكيل؛ أي: لو كان المشترى عبداً [هو][(٨)] ذو[(٩)] رحم مَحْرم من الوكيل؛ لا يعتق عليه، ولو كان ذا رحم مَحْرم من الموكل؛ يُعتق [عليه][(١٠)] الموكل.

والفقه فيه: أنه معتبر بالتوكيل السابق، وهو إنما يصدر من الموكل، فيكون أثره؛ أعني: المِلْك ثابتاً له، وأما الحقوق، فإنها تعتمد ظاهر المباشرة، وهي صادرة من الوكيل، فتتعلق به.

والثاني: في[(١١)] العقود؛ أعني: ما يضيفه الوكيل إلى الموكل، فهو ما بينه المصنِّف بقوله: **(وحقوق عقد يضيفه)**؛ أي: الوكيل **(إلى موكله**

---

(١) سقط من: (أ) و(ب).
(٢) ينظر: الهداية: ١٣٧/٣.
(٣) في (أ) و(ب): (عن).
(٤) في (ج): (فيتعلق).
(٥) سقط من: (أ) و(ب).
(٦) في (ب): (المحل).
(٧) في (ب): (شراؤه).
(٨) سقط من: (ب).
(٩) في (ب): (ذا).
(١٠) سقط من: (أ) و(ب).
(١١) في (ب) و(ج): (من).

تتعلق بالموكل[(١)]؛ لأنه في هذا الضرب من العقود سفير محض، وهو الذي يحكي قول الغير، ولا يثبت الحكم في حقه، كما لو حكى قذف غيره لا يكون قاذفاً، ولذلك لا يستغني عن إضافة[(٢)] [العقد إلى][(٣)] الموكل، [ثم إنه عدَّد الحقوق المذكورة على سبيل التمثيل بقوله][(٤)]: (كنكاح وخلع، وصلح عن إنكار) قيَّد به احترازاً عن الصلح عن إقرار، فإنه من الضرب الأول، ولذلك صرَّح به في تمثيل القسم الأول؛ لكونه بمنزلة البيع[(٥)]؛ إذ هو في الحقيقة مبادلة المال بالمال[(٦)]، فتتعلق[(٧)] حقوقه بالوكيل.

قوله: (أو دم عمدٍ) عطف على قوله: (إنكار)، ولو كرر الجار فيه لكان أظهر، وإنما قيد به احترزاً[(٨)] عن دم الخطأ، فإنه يتعلق بالعاقلة[(٩)] وليس مما نحن فيه.

ثم عاد إلى تعداد بقية الحقوق، فقال: (وكتابة، وعتق على مال) لا يخفى وجه التخصيص به؛ أعني: العتق على مال (وهبة[(١٠)]، واستيهاب، (وصدقة)[(١١)]، والفرق بينهما: أن الثاني لا يجري فيه البدل، بخلاف الأول، (وإعارة) واستعارة، (وإيداع، ورهن) وارتهان، (وإقراض)؛ أي: إعطاء قرض، وأما الاستقراض: فالتوكيل به باطل لا يثبت للموكل مِلْك

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٥٧/٢.
(٢) في (أ): (إفاضة).
(٣) سقط من: (أ) و(ج).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) في (ج): (المبيع).
(٦) ينظر: مختصر القدوري: ص١١٥، والجوهرة النيرة: ١٨٣/١.
(٧) في (أ): (فيتعلق).
(٨) في (ج): (احتراز).
(٩) العاقلة: تطلق على من يؤدي الدية في قتل الخطأ ونحوه. ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٥٥٨/٥، والجوهرة النيرة: ١٤٥/٢، والبناية شرح الهداية: ٣٦٢/١٣.
(١٠) في (ب): (أو).
(١١) ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٣١/٩.

في مستقرض[١]، وشركة[٢]، ومضاربة[٣].

فالحقوق في هذه المذكورات وما في معناها ترجع إلى الموكل دون الوكيل، ولذلك[٤] [يضيفها][٥] إلى الموكل، ولو أضافها الوكيل إلى نَفْسه كما في النكاح مثلاً كان النكاح له، فصار الوكيل في ذلك كالرسول في البيع؛ وهذا لأن الحكم في هذه العقود لا يقبل الانفصال عن السبب[٦]؛ لأنه إسقاط، فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره، فكان سفيراً، وتكون عبارته عبارة المرسل[٧] حتى كان العقد إنما صدر عن الموكل، ولذلك ترجع الحقوق إليه.

ثم إن الإسقاط في غير صورة النكاح ظاهر، وكونه إسقاطاً في النكاح باعتبار أن النساء ـ لكونهن آدميات ـ غير قابلات لجريان المِلْك عليهن، لكن جوز المشرع ذلك ضرورة النسل، فكان النكاح إسقاطاً لذلك الاعتبار[٨].

وإذا كان[٩] من[١٠] العقود المذكورات إسقاطات تتلاشى، ولم يمكن إضافة أحكامها إلى الوكيل؛ لزم تعلقها بالموكل دون الوكيل[١١]، (فلا

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٥٩/٢.
(٢) الشركة: عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح. الجوهرة النيرة: ٢٨٥/١.
(٣) المضاربة: عبارة عن عقد بين اثنين يكون من أحدهما المال، ومن الآخر التجارة فيه، ويكون الربح بينهما. الجوهرة النيرة: ٢٩١/١.
(٤) زيد في (ب) ـ في هذا الموضع ـ (يرجع الحقوق).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) السبب هو من أقسام الحكم الوضعي، وهو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته: كعقد البيع، فهو سبب لتملك المبيع للمشتري والثمن للبائع. ينظر: البحر المحيط للزركشي: ٤٤٠/٤، التحبير شرح التحرير: ١٠٦٠/٣.
(٧) ينظر: العناية شرح الهداية: ١٩/٨.
(٨) ينظر: تبيين الحقائق: ٢٥٧/٤، ودرر الحكام: ٢٨٤/٢.
(٩) في (ج): (وإن كانت).
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) ينظر: العناية شرح الهداية: ١٩/٨.

يطالب) من قبل المرأة **(وكيل الزوج بالمهر)** تفريع على قوله: (وحقوق عقد يضيفه إلى موكله تتعلق بالموكل)، **(ولا)** يطالب **(وكيل المرأة بتسليمها)**؛ أي: تسليم المرأة؛ لأن الوكيل فيهما سفير محض[١]، ألا ترى أنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو أضافه إلى نَفْسه كان النكاح له، **(ولا)** يطالب الوكيل بالخلع من جانبها أيضاً **(ببدل الخلع)** ولا الوكيل بالصلح المذكور ببدله، وكذلك الوكيل بالهبة، والتصدق، والإعارة، والإيداع، والرهن؛ لأنه سفير، فلا يطالب بها؛ لأن الحكم فيها [إنما][٢] يثبت بالقبض، وأنه يلاقي محلاً مملوكاً للغير، فلا يجعل أصلاً في الحكم[٣].

ثم (إن) المصنِّف لما فرغ عن بيان نوعي الوكالة وأحكامها شرع في ذكر بعض فروع تتعلق بهما، فقال: **(وللمشتري منع[٤] الثمن عن الموكل)**؛ يعني: إذا وكل بيع شيء، فباعه الوكيل، ولم يقبض الثمن، ثم إن الموكل طلب الثمن من المشتري، فله أن يمتنع عن الأداء إليه؛ لأنه أجنبي عن العقد وعن حقوقه، لما أنها تتعلق بالعاقد وهو الوكيل.

(فإن دفعه)؛ أي: لو دفع المشتري الثمن **(إليه)**؛ أي: الموكل؛ **(صح)** ذلك الدفع، وسقط حق الوكيل من الطلب، **(ولا يطالبه الوكيل)**؛ [أي][٥]: المشتري بالثمن **(ثانياً)**[٦] ظرف أو مفعول مطلق؛ أي: دفعاً ثانياً؛ لأن [دفع][٧] [نَفْس][٨] الثمن المقبوض حق الموكل، وقد وصل إليه، فلا فائدة في الأخذ منه، ثم الدفع إليه.

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٢/١٥٨، والعناية شرح الهداية: ٨/١٩.

(٢) سقط من: (ب).

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٢/١٥٨، والعناية شرح الهداية: ٨/٢٠.

(٤) في (ب): (من).

(٥) سقط من: (أ).

(٦) ينظر: العناية شرح الهداية: ٨/٢٤.

(٧) سقط من: (أ).

(٨) سقط من: (ب).

(وإن كان للمشتري على الموكل[١] دَين؛ وقعت المقاصة به)، صورة المسألة: رَجل وَكَّل آخر ببيع عبد له، فباعه الوكيل ممن[٢] له دَين على الموكل، وقعت المقاصة[٣]؛ يعني: أن المشتري يصير قابضاً دَينه من الموكل، ويترادان[٤] الفضل، ولم يبقَ للوكيل حق طلب الثمن من المشتري.

(وكذا إن كان له)؛ أي: للمشتري (على الوكيل دَين)، والمسألة[٥] بحالها: تقع المقاصة[٦]، ويصير دائن الوكيل قابضاً لدَينه منه عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الوكيل يملك إبراء المشتري عن الثمن، فبذلك الاعتبار يقع الثمن عوضاً عن دَينه، وهو معنى المقاصة المذكورة[٧]، (خلافاً لأبي يوسف)، فإن عنده لا تقع المقاصة بدَين الوكيل[٨]، لأن الثمن حق الموكل والدَّين في ذمة الوكيل، فلا يكون حق[٩] الغير عوضاً عما في ذمته.

(ويضمنه الوكيل للموكل)؛ [أي][١٠]: [على][١١] قول أبي حنيفة

---

(١) في (أ) و(ب): (الوكيل).

(٢) في (أ): (عن)، وفي (ب): (من).

(٣) أصل المقاصة: المماثلة، من قولهم: قَصَّ الخبر: إذا حكاه، فأدّاه على مثل ما سمعه، والقصاص في الجراح: أن يستوفي مثل جرحه، وكذلك سُميت المقاصة في الدَّين؛ لأن كل واحدٍ منهما لصاحبه مثل مال للآخر، وعرَّفها ابن عرفة بأنها: (متاركةُ مطلوبٍ بمماثل صنفِ ما عليه لما لهُ على طالبهِ فيما ذكر عليهما). شرح حدود ابن عرفة للرصاع: ص٣٠١، وينظر: النظم المستعذب: ١١٤/٢.

(٤) في (أ) و(ج): (ويراد)، وفي (ب): (ويردان)، وما أثبتناه في بدائع الصنائع: ٣٠١/٥.

(٥) زيد في (أ) ـ في هذا الموضع ـ (على).

(٦) ينظر: الهداية: ١٣٨/٣.

(٧) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٥٨/٢.

(٨) ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٣٤/٩.

(٩) في (ب): (خير).

(١٠) سقط من: (أ).

(١١) سقط من: (ب).

ومحمد يضمن الوكيل الثمن [أ/٢٩٩] للموكل؛ لأنه صار عوضاً عن دَينه، فيضمنه، كما لو قضى دَين الغير بأمره، فإنه يرجع عليه بمثله، **(وإن كان دَينه عليهما)**؛ أي: إن كان دَين المشتري على الوكيل والموكل معاً، **(فالمقاصة تقع بدَين الموكل دون الوكيل)**؛ لأن الثمن حق الموكل، فالأولى أن يقع عن دَينه؛ لأنه هو الأهم(١).

❊ ❊ ❊

باب: الوكالة بالبيع والشراء

(لا يصح التوكيل بشراء شيء يشمل أجناساً) المراد منها: الأجناس الفقهية لا الأجناس المنطقية، ولهذا بينها بقوله: **(كالرقيق)**؛ فإنه جنس يشمل أنواعاً: كالرومي والحبشي، والذَّكر والأنثى، وغير ذلك، **(والثوب)**، فإنه يتناول الملبوس من الأطلس(٢) إلى الكساء(٣)، **(والدابة)** للجهالة الفاحشة أيضاً، فإن الدابة في الحقيقة: اسم لما يدبّ على الأرض(٤)، وفي العُرف: يُطلق على الخيل والبغال والحمير(٥)، فجمع أجناساً كثيرة.

(أو ما هو كالأجناس)؛ أي: لا يصح التوكيل بما يشمل متعددات تشبه الأجناس **(كالدار)**؛ فإنها تصدق على الواسعة، والضيقة، والمبنية

---

(١) ينظر: العناية شرح الهداية: ٢٦/٨.

(٢) الأطلس: هو الثوب الخَلِق. العين: ٢١٤/٧، ولسان العرب: ١٢٤/٦.

(٣) إن الكساء معروف، ويبدو من سياق تمثيل المصنِّف للأطلس مع الكساء لبيان الأجناس المختلفة أن الكساء لم يكن مجرد ثوب، بل كان يطلق على الجديد مقابل (الأطلس) المستعمل. ينظر: الصحاح: ٢٤٧٢/٦، والنظم المستعذب: ٢٠٩/٢.

(٤) ينظر: الصحاح: ١٢٤/١، والكليات: ص٤٤٨.

(٥) ينظر: المبسوط: ٤٠/١٩، والعناية شرح الهداية: ٢٩/٨.

باللَّبِن[(١)]، والمبنية بالحجارة، وغير ذلك[(٢)]، (وإن) ـ وصلية ـ (بَيَّن الثمن)؛ أي: لا يصح التوكيل في الفصلين، ولو عين الثمن نحو أن يقول: اشتر لي رقيقاً بمئة، أو داراً بألف مثلاً، والحاصل: أن الموكل بالشراء لا بدَّ أن يُبَيِّن للوكيل ما يشتريه إما بذِكْر جنسه وصفته، أو بيان جنسه ومبلغ ثمنه؛ ليصير[(٣)] ذلك معلوماً له، فيُمكنه الائتمار[(٤)]، ولهذا قال المصنِّف (رَحِمَهُ ٱللَّهُ):

(فإن سمى نوع الثوب كالهروي[(٥)] جاز)، نحو أن يقول: اشتر لي ثوباً هروياً [بعشرة دراهم][(٦)] مثلاً[(٧)]؛ لأنه ﷺ أعطى عروة[(٨)] ديناراً، وأمره أن يشتري له شاةً[(٩)]، فذكر الجنس والثمن، وسكت عن ذِكْر الوصف.

(وكذا إن سمى نوع الدابة، كالفرس والبغل)، نحو أن يقول: اشتر لي فرساً أو بغلاً، فإن كان [الموكل][(١٠)] سلطاناً؛ فعلى الوكيل أن يشتري

---

(١) اللبن ـ بكسر الباء ـ: ما يعمل من الطين ويُبنى به. ينظر: المصباح المنير: ٥٤٨/٢.
(٢) ينظر: المبسوط: ٤٠/١٩.
(٣) في (أ): (يصير).
(٤) ينظر: الجوهرة النيرة: ٣٠٠/١ ـ ٣٠١.
(٥) الهروي: نسبة إلى مدينة هراة؛ أي: الثوب المصنوع في هراة، والثياب الهروية هي من أجناس الثياب، والهروي ـ بالتحريك ـ والمروي ـ بالسكون ـ منسوب إلى هراة ومرو، قريتان معروفتان بخراسان. ينظر: المبسوط: ٧٩/٥، بدائع الصنائع: ص٥٠٣، معجم البلدان: ١١٢/٥ ـ ٣٩٦.
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: المبسوط: ٤٠/١٩، تبيين الحقائق: ٢٥/٤.
(٨) هو عروة بن عياض بن أبي الجعد، ويقال: هو عروة بن الجعد البارقي الأزدي، له صحبة، وسكن الكوفة، وولي القضاء بها، توفي سنة (٦١ ـ ٧٠هـ). ينظر: تاريخ بغداد: ٥٥٢/١، وأسد الغابة: ٢٨/٤، وتهذيب التهذيب: ١٧٨/٧.
(٩) عن عروة أن النبي ﷺ «أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه». صحيح البخاري: ٢٠٧/٤، رقم: ٣٦٤٢، كتاب المناقب.
(١٠) سقط من: (ج).

له من أعلى أصناف الخيل والبغال وأغلاها أثماناً، وإن كان من القضاة أو العلماء[١]، يشتري له من[٢] الوسط نوعاً وثمناً، وإن كان من عرض[٣] الناس، فمن الأدنى، وبالجملة ما يليق بالموكل [بحسب][٤] العرف[٥].

(أو بَيَّن ثمن الدار والمحلة)[٦] التي تُشتَرى الدار منها، نحو أن يقول: اشتر لي داراً بكذا في محلة كذا، (أو بين جنس الرقيق كالعبد)، فإن الرقيق يشمل العبد والأمة، فإنهما من بني آدم جنسان؛ لاختلاف الأغراض منهما، (ونوعه) معطوف على قوله: (أو بين جنسه) (كالتركي) بأن يقول: اشتر لي عبداً تركياً، أو هندياً، ونحوه.

(أو) بين (ثمنا يعين) على صيغة المعلوم صفة ثمن (نوعاً)، وهذا إنما يكون فيما إذا كان السعر متعيناً، أو متعارفاً كما إذا كان الثوب الهروي بعشرة، والموصلي بعشرين، فقال: اشتر لي ثوباً بعشرة، فإنه منصرف إلى الأول، وإن قال: بعشرين فإلى الثاني، (أو عمم[٧]، فقال: ابتع لي ما رأيت)، فإنه يكون حينئذ قد فوض الأمر إلى رأي الوكيل، فأي شيء يشتريه يكون ممتثلاً[٨].

والأصل في باب الوكالة: أن الجهالة اليسيرة تُتحمل ضرورة؛

---

(١) في (أ) و(ب): (والعلماء).

(٢) في (أ): (في).

(٣) العُرض: ـ بالضم ـ: الجانب، يُقال: فلانٌ من عُرض العشيرة؛ أي: من جانبها لا من صميمها، ولعل المراد هنا: من عرض الناس؛ أي: من هم أبعد الناس طبقة ومنزلة، أو هم عوام الناس. ينظر: الصحاح: ١٠٨٩/٣، والبناية شرح الهداية: ٢٢٩/١٣.

(٤) سقط من: (ب).

(٥) في (ب): (عرفا)، والعرف: ما عرفه العقلاء أنه حسنٌ وأقرهم الشارع عليه. ينظر: التحبير شرح التحرير: ٣٨٥٢/٨، ومختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ٤٤٩/٤.

(٦) ينظر: المبسوط: ٤٢/١٩.

(٧) في (أ): (عم).

(٨) ينظر: الجوهرة النيرة: ٣٠١/١.

لأن جميع ما ذكر لا يخلو عن جهالة ما، فلو لم يتسامح بها ينسد باب التوكيل في غير المتعين المعلوم؛ وذلك لأن مبنى التوكيل على التوسعة؛ لأنه استعانة، وفي اعتبار عدم الجهالة حرج ظاهر، والحرج مرفوع شرعاً، لكن الجهالة إذا تفاحشت لم يبقَ لتحملها وجه[١].

(ولو وكله بشراء الطعام فهو)؛ أي: التوكيل يقع **(على البُر ودقيقه)**، فلا يكون للوكيل شراء[٢] غيرهما، قالوا: هذا في عرف أهل الكوفة، فإن عندهم: السوق الذي يباعان فيه يُسمى: (سوق الطعام)، وعند بعض مشايخ ما وراء النهر[٣]: هو ما يؤكل بغير إدام[٤] كاللحم المطبوخ والمشوي[٥]، **(وقيل)**: إن التوكيل يقع **(على البُر في كثير الدراهم، و)** هي عشرة وما فوقها، **(و)**يقع **(على الخبز في قليلها)**؛ أي: الدراهم، وهي ثلاثة وما دونها، **(وعلى الدقيق في وسطها)**، وهي ما بين الثلاثة إلى العشرة، هذه الاعتبارات رعاية للتناسب بين الثمن والمثمن[٦].

(وفي متخذ الوليمة) يقع التوكيل بشراء الطعام **(على الخبز)** فقط **(بكل حال)**؛ أي: قلّت الدراهم أو كثرت، وهذه الأقوال كلها استحسانات[٧] ذهب إليها المتأخرون.

والقياس: أن ينصرف التوكيل إلى كل ما يطعم اعتباراً بالحقيقة كما

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٣٦/٩، وفتح القدير: ٢٩/٨.

(٢) في (أ): (الوكيل بشراء).

(٣) ينظر: خليج البحار: ص٢٣٢.

(٤) الإدام: ما يؤتدم به مع الخبز، وفي الحديث «نعم الإدام الخل» والأُدْمُ: ما يؤكل بالخبز أي شيء كان. ينظر: صحيح مسلم: ١٦٢١/٣، رقم ٢٠٥١ كتاب: الأشربة، باب: فضيلة الخل والتأدم به، العين: ٨٨/٨، ولسان العرب: ٩/١٢ مادة (أدم).

(٥) في (ب): (والشوي).

(٦) ينظر: المبسوط: ٤١/١٩، والعناية شرح الهداية: ٣٢/٨، وفتح القدير: ٣٣/٨.

(٧) في (ب): (استحساناً).

في اليمين على أكل الطعام، فإنه يعم كل مطعوم، وجه الاستحسان: أن العُرف أملك وأقوى، واعتباره في القياس أولى، وهو على ما ذكرناه إذا اقترن بلفظ البيع والشراء، ولا عُرف في الأكل في باب اليمين، فبقي على أصل الوضع من غير مانع للقياس، ولا معارض[١].

(وصح التوكيل بشراء عين)؛ أي: شيء معين **(بدَينٍ له على الوكيل)**؛ أي: بدَين حاصل للموكل على وكيله؛ يعني: إذا كان لرَجل على آخر ألف درهم، فأمره[٢] أن يشتري له بها عبداً معيناً، ففعل[٣]؛ صح التوكيل، ويقع الشراء للموكل حتى لو مات العبد في يد الوكيل يكون من مال الموكل، ويسقط الدَّين عن ذمة الوكيل كيد الموكل.

(وفي غير العين)؛ أي: لو أمره أن يشتري بالألف التي عليه عبداً، ففعل، ثم مات العبد **(إن هلك في يد الوكيل)** قبل أن يسلمه إلى الموكل؛ **(فعليه)**؛ أي: على الوكيل، **(وإن قبضه الموكل)** من الوكيل؛ **(فهو له)**؛ أي: للموكل ويهلك من ماله، هذا عند أبي حنيفة، **(وقالا: هو لازم للموكل أيضاً)** كما في الوجه الأول[٤]، **(وهلاكه عليه)**؛ أي: على الموكل **(إذا قبضه الوكيل)**.

(وعلى هذا إذا أمره أن يُسلم ما عليه، أو يصرفه)؛ أي: على الخلاف المذكور ما إذا وكل الدائن مديونه بأن يُسلم ما عليه من الدَّين في شيء يصح السَّلم فيه من المكيلات، أو الموزونات، أو غيرها، أو يصرف ماله في ذمته من الدنانير بالدراهم أو بالعكس، ففعل المأمور ذلك، ثم هلك المسلم فيه، أو المصروف من النقدين[٥] قبل أن يصل إلى الموكل.

---

(١) ينظر: المبسوط: ٤١/١٩، والبناية شرح الهداية: ٢٣٩/٩.

(٢) (له): زيدت في (ج).

(٣) في (أ): (ففعال).

(٤) ينظر: الهداية: ١٤٣/٣.

(٥) في (أ) و(ج): (النقد).

فعند أبي حنيفة: يهلك من مال الوكيل، وعندهما: من مال الموكل[١]، لهما: إن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والمعاوضات، ولأبي حنيفة: إن النقود تتعين في الوكالات[٢].

(ولو وكل الحُر عبداً ليشتري نَفْسه له)؛ أي: للموكل (من سيده)؛ أي: من سيد العبد بأن قال: اشتر لي نفسك من سيدك، (فإن قال) العبد لسيده: (بعني نفسي لفلان)؛ [يعني: الموكل][٣]، (فباع) المولى؛ (فهو له)؛ أي: العبد يصير مِلْكاً لفلان الموكل؛ لأن العبد يصلح [أن يكون][٤] وكيلاً عن غيره في شراء نَفْسه؛ لأنه أجنبي عن ماليته، والبيع إنما يرد عليه من جهة كونه مالاً وماليته في يده.

(وإن لم يقل) العبد: بعني نفسي (لفلان) بل قال: بعني نفسي بكذا، ففعل (عتق)؛ لأنه يصير مشترياً لنَفْسه، فيكون إعتاقاً على مال[٥].

(وإن وكل العبد غيره ليشتريه من سيده) بألفٍ ودفعها إليه، (فإن قال الوكيل للسيد: اشتريه لنَفْسه)؛ أي: لنَفْس العبد (فباع) السيد (عتق) العبد (على السيد، وولاؤه له)؛ [أي][٦]: للسيد؛ لأن بيع نَفْس العبد منه إعتاق[٧] على مال[٨]، والإعتاق يتوقف على وجود القَبُول من المعتق، وقد وجد ذلك؛ لأن شراء العبد نَفْسه قَبُول منه للعبد ببدل، والمأمور سفير محض عن العبد حيث أضاف العقد إلى موكله، فالحقوق لم ترجع إليه،

---

(١) ينظر: الهداية: ١٤٣/٣، والبناية شرح الهداية: ٢٥٦/٩.
(٢) ينظر: الهداية: ١٤٣/٣.
(٣) سقط من: (ب).
(٤) سقط من: (ب) و(ج).
(٥) ينظر: البناية شرح الهداية: ٢١٦/٩.
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (ج): (إعتاقاً).
(٨) ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٦٢/٩.

فصار كأن العبد اشترى[١] نَفْسه لنَفْسه، وإذا كان ذلك التصرف إعتاقاً تبعه الولاء[٢]؛ لأنه دائر عليه.

(وإن لم يَقُل) الوكيل: اشتريته (لنَفْسه)، بل قال: اشتريته فقط؛ (فهو)؛ أي: العبد (للوكيل)؛ أي: يقع الشراء له، (وعليه)؛ [أي: على][٣] الوكيل][٤] (ثمنه) لسيده؛ لأن اللفظ حقيقة[٥] للمعاوضة، والحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن، وقد أمكن العمل بها حيث لم يبين، فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه؛ لأن المجاز[٦] فيه متعين، وإذا كان معاوضة يثبت المِلْك له.

(وما أعطاه العبد لأجل الثمن)؛ أي: الألف المفروضة آنفاً (للمولى) الأول؛ لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمناً للعبد، فإنه في ذمته[٧] حيث لم يصح الأداء، وإلّا لَزم تعويض المولى الأول عن ماله بماله، فلا يصح، ولا بدَّ من عوض العبد، فيلزم على المشتري ألف أخرى ثمناً.

(وإذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد) غير معين ـ كما يشعر به تنكير عبد ـ: (اشتريته[٨] لك عبداً، فمات) العبد عندي، (وقال الموكل: اشتريته لنفسك؛ فالقول للموكل إن لم يكن دفع الثمن)؛ لأن الوكيل أخبر

---

(١) في (ج): (المشتري).

(٢) المراد بالولاء هنا: هو ولاء العتاقة، وهو الثابت للسيد المعتق بسبب إعتاقه، والذي يثبت له منه هو الإرث، والعقل، وولاية النكاح. ينظر: تحفة الفقهاء: ٢٨٧/٢، المحيط البرهاني: ١٧٥/٤.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) ينظر: خليج البحار: ص١٠٢٥.

(٦) ينظر: خليج البحار: ص١٧١.

(٧) ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٦٢/٩.

(٨) في (أ) و(ب): (اشتريت).

عما لا يملك استيفاءه[(١)]، وهو الرجوع بالثمن على الآمر؛ وذلك لأن الوكيل يدعي على الآمر الثمن، وهو يُنكر وجوبه عليه، والقول للمنكر، **(وإلا فللوكيل)** أي: إن دفع الموكل الثمن للوكيل في هذه الصورة، فالقول للوكيل؛ لأنه أمين في حق الثمن، وهو يريد الخروج عن عهدة الأمانة، والقول للأمين مع اليمين[(٢)].

(وللوكيل) بالشراء **(طلب الثمن من الموكل)**؛ لأنه انعقدت بينهما مبادلة[(٣)] حكمية؛ لأن الوكيل صار كالبائع **(وإن)** ـ وصلية ـ **(لم يدفعه)**؛ أي: الثمن من عنده **(إلى البائع**[(٤)] **و)**له أيضاً **(حبس المشتري)** عن البائع **(لأجله)**؛ أي: لأجل أن يأخذ الثمن من الموكل، وفيه خلاف لزفر.

(فإن هلك) المشري في يد الوكيل، **(قَبْل حبسه)** عن الموكل **(هلك [على]**[(٥)] **الآمر، ولا يسقط ثمنه)** عن الموكل؛ لأن المبيع أمانة في يد الوكيل؛ لأنه قبضه للموكل وليس على الأمين شيء.

(وإن) هلك **(بعد حبسه سقط)** ثمنه عن الموكل عند محمد، وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه عندهما: بمنزلة المبيع إذا حبسه البائع لأجل الثمن، فهلك هلك من ماله وسقط ثمنه عن المشتري، وههنا الوكيل كالبائع للموكل بناءً على المبادلة الحكمية المذكورة[(٦)].

(وعند أبي يوسف: هو كالرهن)؛ يعني: أن الوكيل بمنزلة المرتهن والمشري في يده بمنزلة الرهن، فإذا هلك يهلك بالأقل من قيمته ومن الثمن؛ لأنه محبوس للاستيفاء، فيكون مضموناً كالرهن بعينه؛ وذلك لأن

---

(١) في (ب) و(ج): (استئنافه).
(٢) ينظر: الهداية: ١٤٣/٣، والبناية شرح الهداية: ٢٤٢/٩.
(٣) المبادلة: المقايضة في البيع. تهذيب اللغة: ١٧٣/٩.
(٤) ينظر: الهداية: ١٤٠/٣.
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: بدائع الصنائع: ٣٧/٦، الهداية: ١٤٠/٣، الجوهرة النيرة: ٣٠٢/١.

البيع ينفسخ [بهلاك المبيع، وهنا لا ينفسخ][١] أصل العقد.

لهما: إن [البيع][٢] ينفسخ[٣] في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضي به الوكيل[٤].

(و)ليس (للوكيل بشراء) شيء (معين)، إما بالإشارة، أو باسمه العَلَم، أو بالإضافة إلى مالكه (شراؤه لنفسه)؛ لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه[٥]، (فإن شراه)؛ أي: الوكيل المشري (بخلاف جنس ما سمى) الموكل (من الثمن) كما إذا أمره الموكل أن يشريه بالدراهم، فشراه الوكيل بالدنانير، (أو) شراه (بغير النقود)، وقد كان الموكل أمره بأن يشتري بالنقود أو أمره بالشراء مطلقاً؛ فإنه يقع على النقود عُرفاً بل على النقد الرائج[٦] في البلد؛ (وقع له)؛ أي: يقع الشراء في الوجهين للوكيل؛ لأنه خالف أمر الآمر.

(وكذا إن أمر) الوكيل (غيره) بأن يشتري له ذلك [المعين][٧]، (فشراه بغيبته)؛ أي: بغيبة الوكيل؛ وقع [الشراء][٨] للوكيل الأول، (وإن بحضرته، فللموكل)؛ أي: إن اشترى المأمور ذلك المعين بحضرة الوكيل؛ وقع الشراء للموكل؛ لأنه كان اعتمد حضور رأي الوكيل، وإن اشتراه المأمور بحضرته كان كأنه اشتراه بنَفْسه؛ فيقع للآمر[٩].

(وفي غير المعين هو للوكيل)؛ أي: لو وكله [وكيل آخر][١٠] بشراء

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) في (أ): (يفسخ).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع: ٣٧/٦، الهداية: ١٤٠/٣.
(٥) ينظر: العناية شرح الهداية: ٤٤/٨.
(٦) في (أ): (الرابح).
(٧) سقط من: (أ) و(ج).
(٨) سقط من: (ب).
(٩) ينظر: الهداية: ١٤١/٣، والعناية شرح الهداية: ٤٤/٨.
(١٠) سقط من: (أ) و(ج).

عبد غير معين، فاشترى الوكيل عبداً [من غير أن يقول للموكل؛ فالشراء يقع للوكيل][(١)] (إلا إن أضاف العقد إلى مال الموكل) بأن يقول: اشتريت بهذا الألف التي للموكل، (أو أطلق)؛ أي: [قال][(٢)]: اشتريت بألف ـ ولم يقيده بمِلْك الموكل ـ (ونوى له)؛ أي: نوى الشراء للآمر[(٣)].

(ويُعتبر في السَّلم[(٤)] والصرف[(٥)(٦)] مفارقة الوكيل)؛ لأنه هو العاقد، فإذا قبضه؛ تم العقد، وإن فارقه قبل القبض؛ بطل العقد؛ لفقد شرطه (لا الموكل)؛ يعني: لا يُعتبر مفارقته قبل القبض؛ لأنه ليس بعاقد، والمراد: التوكيل بالإسلام دون قَبُول السَّلم؛ لأنه لا يجوز، فإن الوكيل حينئذ يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره، وهذا لا يجوز[(٧)].

(ولو قال) رَجل لآخر معه متاع يريد بيعه: (بعني هذا [المتاع][(٨)] لزيد)؛ [يعني: لو قال المشتري: أمرني زيد أن أشتري هذا المتاع لأجله، فبعني هذا المتاع][(٩)]، (فباع) صاحب المتاع، (ثم) إن ذلك القائل (أنكر كون زيد أمره؛ فلزيد أخذه)؛ أي: أخذ ذلك المشري (إن لم يصدق إنكاره)؛ أي: إن لم يصدق زيد إنكار ذلك القائل الوكالة؛ لأن قول القائل: بعني لزيد، إقرار منه بالوكالة عن زيد، فلا ينتقض ذلك بإنكاره بعد ذلك.

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الهداية: ١٤١/٣، العناية شرح الهداية: ٤٤/٨.
(٤) السَّلَم: (اسم لعقد يوجب المِلْكَ في الثمن عاجلاً وفي المثمن آجلاً). الاختيار لتعليل المختار: ٣٣/٢.
(٥) الصرف: (هو مبادلة الأثمان بعضها ببعض). المبسوط: ٢/١٤، والمحيط البرهاني: ١٦٩/٧.
(٦) في (ج): (الصرف والسلم).
(٧) ينظر: الهداية: ١٤٠/٣، الجوهرة النيرة: ٣٠١/١.
(٨) سقط من: (ج).
(٩) قوله: (يعني لو قال المشتري: أمرني زيد أن أشتري هذا المتاع لأجله، فبعني هذا المتاع) سقط من: (أ).

(فإن صدقه)؛ أي: صدق زيد إنكار ذلك القائل الوكالة؛ **(لا يأخذه)**؛ أي: لا يأخذ ذلك المشري جبراً؛ لأن الإقرار ارتد برده، فإن إنكار القائل وتصديق زيد له رد لإقراره من جهتين، فليس لزيد بعد ذلك أخذ؛ لأن المشتري إن سلمه إلى زيد طوعاً يكون بيعاً بالتعاطي(١)؛ لأن التسليم على وجه البيع يكفي في البيع بالتعاطي، وإن لم يوجد؛ نَقَدَ الثمن.

(فإن سَلَّمه المشتري إليه، صح)؛ أي: بعد ما ذكره من إنكاره الوكالة وتصديق زيد له لو سلم(٢) ما اشتراه إلى زيد؛ صح، وكان ذلك كشراء الفضولي(٣) لغيره شيئاً، وتسليمه لذلك الغير، أو يكون مشترياً لذلك الشيء بالتعاطي.

وأيّاً ما كان فعليه العهدة، والحقوق ترجع إليه لا على العاقد؛ لأنه بإنكاره الوكالة وتصديق زيد له في ذلك الإنكار خرج عن أن يكون وكيلاً، والحقوق إنما تتعلق بالوكيل حقيقة، وحيث [لم](٤) يمكن تعلقها به عادت إلى زيد؛ لأنه هو المشتري، والقابض حقيقة وحُكماً، فتتعلَّق الحقوق به جزماً(٥).

(ومن وَكَّل) آخر **(بشراء رطل لحم بدرهم، فشرى الوكيل رطلين لحماً بدرهم مما يباع)** منه **(رطل بدرهم؛ لزم موكله رطل)** فقط من ذينك الرطلين **(بنصف درهم)** عند أبي حنيفة، **(وعندهما: يلزمه)**؛ أي: يلزم

---

(١) التعاطي: هو التبادل بالفعل من غير تلفظ بالإيجاب والقَبُول، ويسمى بيع المراوضة. ينظر: بدائع الصنائع: ١٣٤/٥، المحيط البرهاني: ٢٧٣/٦.
(٢) ينظر: الهداية: ١٤٢/٣.
(٣) الفضولي: نسبة إلى الفضول جمع الفضل وهو الزيادة، وهو من يشتغل بما لا يعنيه. وفي اصطلاح الفقهاء: من ليس بمالك ولا وكيل ولا ولي، أو هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي. ينظر: تاج العروس: ١٧٨/٣٠ مادة (فضل)، البناية شرح الهداية: ٣١١/٨، البحر الرائق: ١٦٠/٦.
(٤) سقط من: (أ) و(ب).
(٥) ينظر: الهداية: ١٤٠/٣.

الموكل (**الرطلان**[1] **بدرهم**)، وقيل: إنَّ محمداً مع أبي حنيفة، ويرجحه أن محمداً لم يَذْكر في الأصل خلافاً[2].

وعلى هذا فلأبي يوسف: إنَّ الموكل أمره بصرف الدراهم [أ/٣٠١] إلى اللحم ظانّاً أن سعره كذلك، يعني رطل بدرهم، فإذا اشترى الوكيل رطلين فقد زاده خيراً، وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين.

ولأبي حنيفة: إنه إنما أمره بشراء رطل ولم يأمره بالزيادة، ولما اشتراهما جميعاً نفذ على الموكل ما أمره به بحصته من الدراهم، ونفذت الزيادة على الوكيل بخلاف ما استشهد به، فإن الألف الزائد في ثمن العبد حصلت بدلاً عن مِلْك الموكل، فيكون له.

وإنما قيد بقوله: (مما يباع رطلٌ بدرهم)؛ لأنه لو اشترى مما يباع منه رطلان بدرهم يكون ذلك كله لازماً للوكيل إجماعاً[3]؛ لأن الذي أمره به الموكل يكون سميناً طيباً، والذي اشتراه الوكيل هزيلاً غثاً[4]، فلم يحصل[5] مقصود الآمر، فلا يلزمه، والمأمور رضي به، فيلزمه[6].

(**ولو وكل**) رَجل آخر (**بشراء عبدين بعينهما**) ولم يُسمِّ[7] ثمناً، (**فشرى**) للموكل (**أحدهما**؛ **جاز**)؛ لأن التوكيل مطلق، فيجوز للوكيل أن يشتريهما معاً، أو متفرقاً، [فلم يكن][8] بشراء أحدهما مخالفاً، فيلزم

---

(١) في (أ): (رطلان).

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ٥٧/١٩، والهداية: ١٤١/٣، والجوهرة النيرة: ٣٠٨/١، وفتح القدير: ٤١/٨.

(٣) الإجماع هنا هو إجماع أئمة المذهب لا الأمة. ينظر: الهداية: ١٤١/٣.

(٤) الغث: هو الرديء. ينظر: المصباح المنير: ٤٤٣/٢ مادة (غثث).

(٥) في (أ) و(ب): (يحل).

(٦) ينظر: المبسوط: ٥٧/١٩، والهداية: ١٤١/٣، والعناية شرح الهداية: ٤٢/٨، وفتح القدير: ٤٢/٨.

(٧) في (ج): (يسلم).

(٨) سقط من: (ج).

الآمر، **(وكذا إن وكل بشرائهما بألف وقيمتهما سواء، فشرى أحدهما)**؛ أي: أحد العبدين **(بنصفه)**[(١)]؛ أي: بنصف الألف، **(أو بأقل)** من نصفه، **(وإن بأكثر لا)**؛ أي: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف[(٢)] لم يلزم الآمر؛ لأنه قابل الألف بهما، وقيمتهما [سواء][(٣)]، فيقتسم بينهما نصفين دلالة، فكان آمراً بشراء كل واحد منهما بخمسمئة؛ فالشراء بها موافقة، وبأقل منهما[(٤)] مخالفة إلى خير[(٥)]، وبالزيادة مخالفة إلى شرٍّ[(٦)] قلّت الزيادة أو كثرت، فلا يجوز عند أبي حنيفة.

(وقالا: يجوز)؛ أي: الشراء بأكثر **(أيضاً)** كما يجوز بأقل **(إن كان بما يتغابن فيه)**، والحال أنه **(قد بقي)** من الألف **(ما اشترى بمثله الآخر)** من العبدين **(فإن شرى الآخر بما بقي)** من الثمن **(قبل الخصومة جاز اتفاقاً)**[(٧)]؛ لأنه امتثل ما أمر به من غير مخالفة؛ لأن شراء الأول قائم، وقد حصل غرض الموكل؛ يعني: تحصيل العبدين[(٨)].

(فإن قال الوكيل بشراء عبد غير معين: بألف)، فاشترى عبداً، **(وقال: شريته بألف، وقال الموكل)**: لا بل شريته **(بنصفه)**؛ أي: بخمسمئة مثلاً، **(فإن كان)** الموكل **(قد دفع إليه)**؛ أي: إلى الوكيل المذكور **(الألف)** التي أمره أن يشتري بها؛ **(صدق الوكيل)** في شرائه بها، وذلك إنما يكون **(إن ساوى)** العبد المشري **(الألف)**؛ لأن الوكيل أمين في ذلك، وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والآمر يدعي عليه ضمان خمسمئة، وهو ينكرها، والقول للأمين والمنكر مع اليمين.

---

(١) في (ج): (بنصف).
(٢) في (ب): (الأول).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) في (أ) و(ج): (منها).
(٥) في (ج): (غير).
(٦) في (أ) و(ج): (شراء).
(٧) ينظر: العناية شرح الهداية: ٥٦/٨، والبناية شرح الهداية: ٢٥٤/٩.
(٨) ينظر: الهداية: ١٤٣/٣.

(وإن لم يكن) الآمر **(دفعها)**؛ أي: الألف إلى المأمور ـ والمسألة بحالها ـ **(فإن ساوى)** العبد المشري **(نصفها)**؛ أي: خمسمئة فقط؛ **(صدق الموكل)**؛ لأن الوكيل خالف حيث اشترى ما يساوي خمسمئة، والأمر إنما كان بما يساوي ألفاً، فيضمن.

والمراد بقوله: (صدق) في جميع ما ذكر التصديق بغير الحلف **(وإن ساواها تحالفا)**؛ أي: إن كان العبد المشري يساوي ألفاً يحلف[١] الموكل: بأن الوكيل ما اشتراه بألف[٢]، وإنما اشتراه بخمسمئة، ويحلف الوكيل: بأنه ما اشتريته بخمسمئة، وإنما اشتريته بألف؛ لأن الوكيل والموكل بمنزلة البائع والمشتري، وقد وقع الاختلاف في الثمن، وموجبه التحالف، ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما، **(ويكون العبد للمأمور، وكذا)**؛ أي: وكذا الحكم، وهو التحالف **(في معين لم يُسمَّ له ثمناً)**؛ يعني: لو وكله بشراء عبد معين، بأن قال له: اشتر هذا العبد لي، ولم يُسمّ له ثمناً يشتريه به، **(فشراه)** الوكيل، **(واختلفا في ثمنه)**، بأن قال الوكيل: اشتريته بألف، وقال الموكل: لا بل اشتريته بأقل منه، فإنهما يتحالفان[٣] كما مر، ويبقى المشري للوكيل.

(ولا عبرة لتصديق البائع في الأظهر)؛ يعني: لو صدَّق البائع الوكيل بشرائه بألف لا يُعتبر، ولا يلتفت إليه؛ لأنه يريد ترويج صفقة [وزيادة الثمن][٤]، فيكون بذلك التصديق جالباً لنَفْسه زيادة، فلا يصدق[٥].

❊ ❊ ❊

(١) في (أ): (تحالفا).
(٢) ينظر: الهداية: ١٤٣/٣.
(٣) في (ج): (تحالفا).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) ينظر: الهداية: ١٤٣/٣ ـ ١٤٤.

فصل
لا يصح عقد الوكيل بالبيع

(لا يصح عقد الوكيل)؛ أي: إنشاؤه عقداً (بالبيع أو الشراء مع من تُردّ شهادته له): كأصله، وفرعه، [وزوج][١]، وعرس[٢]، وسيد لعبده، ومكاتبه، وشريكه فيما يشتركانه؛ لأن مواضع التهم مستثناة عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قَبُول الشهادة، هذا إذا لم يطلق له الموكل، وأما إذا أطلق بأن قال له: بع ممن شئت، فحينئذ يجوز له بيعه لهم[٣] بمثل القيمة، ذكره الزيلعي[٤].

وفي النهاية[٥]: إن الوكيل بالبيع إذا باع منهم إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف، وإن كان بأقل منها بغبن فاحش[٦] لا يجوز بالإجماع[٧]، وإن كان بغبن يسير لا يجوز عنده، ويجوز عندهما وإن كان بمثل القيمة، فعن أبي حنيفة (رَحِمَهُ ٱللَّهُ) روايتان[٨].

(وقالا: يجوز)[٩] عقد الوكيل مع المذكورين (بمثل القيمة إلا في العبد والمكاتب)؛ أي: لا يجوز عقد الوكيل بالبيع أو[١٠] الشراء من عبده

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) في (ب): (وعرسه).
(٣) في (ج): (لفهم).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق: ٢٧٠/٤، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢٨٩/٢.
(٥) ينظر: خليج البحار: ص٣٦٠.
(٦) الغبن الفاحش: هو ما لا يدخل تحت تقويم المتقومين. ينظر: الهداية: ١٤٥/٣.
(٧) ينظر: تبيين الحقائق: ٢٧٠/٤، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢٨٩/٢، والبحر الرائق: ١٦٦/٧.
(٨) يقصد به رواية الوكالة والبيوع لا يجوز، وفي رواية المضاربة يجوز. ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٦٦/٩.
(٩) ينظر: الهداية: ١٤٥/٣، والجوهرة النيرة: ٣٠٥/١.
(١٠) في (ب) و(ج): (الواو).

المأذون، أو مكاتبه؛ لأن ذلك عائد إلى العاقد تحقيقاً أو تقديراً، فيكون عاملاً لنفسه، وأما الجواز مع غيرهما، فلأن التهمة حينئذٍ منتفية؛ إذ[١] الأملاك متباينة، والمنافع منقطعة، فكان كالعقد مع الأجنبي، بخلاف العبد؛ لأن ما في يده للمولى، وبخلاف المكاتب، فإن للمولى حقاً في كسبه، وقد يصير الكل له عند العجز.

(والوكيل بالبيع يجوز بيعه بما قل)؛ [أي][٢]: من الثمن، **(أو كثر وبالعرض)** عند أبي حنيفة، **(وقالا: لا يجوز إلا بمثل القيمة وبالنقود)**؛ أي: قالا: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه[٣]، وأيضاً لا يجوز إلا بالدراهم، أو الدنانير[٤]؛ لأن الموكل، وإن كان أطلق التوكيل، ولم يعين ثمناً، ولا مقداراً، ولكن المطلق من الأمر يتقيد بالمتعارف؛ لأن التصرفات إنما تراد لدفع الحاجات، فتتقيد بمواقعها[٥]، والمتعارف فيما نحن فيه البيع بثمن المثل وبالنقود؛ لأن[٦] البيع بغبن فاحش بيع من وجه[٧]، وهبة من وجه، وكذا المقايضة[٨] بيع من وجه، وشراء من وجه، فلا يتناوله مطلق اسم البيع، ولأبي حنيفة: إن التوكيل بالبيع مطلق، فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة[٩].

---

(١) في (أ): (إذا).
(٢) سقط من: (أ) و(ج).
(٣) ينظر: الهداية: ١٤٥/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٦١/٢، ١٦٢، والجوهرة النيرة: ٣٠٥/١ ـ ٣٠٦.
(٤) في (ج): (الدينار).
(٥) في (أ) و(ج): (فتقيد لمواقعها).
(٦) في (أ) و(ج): (ولأن).
(٧) زيد في (ج) ـ هنا ـ (فلا يتناوله).
(٨) المقايضة: عرفها المصنِّف بما ذكره، وبمعناه أيضاً عرفها السمرقندي والكاساني بأنها: بيع العين بالعين كبيع السلع بأمثالها نحو بيع الثوب بالعبد وغيره. ينظر: تحفة الفقهاء: ٧/٢، وبدائع الصنائع: ١٣٤/٥.
(٩) ينظر: الهداية: ١٤٥/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٦١/٢، والجوهرة النيرة: ٣٠٦/١.

والبيع بالعين[١] أو الغبن متعارف عند الحاجة، وبيع [المقايضة بيع][٢] من كل وجه، وشراء من كل وجه، لوجود حد[٣] كل منهما فيه وصدقة عليه[٤].

(ويجوز بيعه)؛ أي: بيع الوكيل ما وكل ببيعه (بالنسيئة)؛ أي: بالثمن المؤجل؛ لأن التوكيل مطلق، والبيع بالنسيئة متعارف هذا إذا باع ما يبيع الناس فيه نسيئة، فإن أطال[٥] المدة متجاوزاً عنه لا يجوز، وأيضاً [أ/٣٠٢] إذا كان للتجارة[٦]، فإن كان للحاجة لا يجوز، ولو قال: بعه بالنقد، فباعه بالنسيئة لا يجوز.

(و)يجوز (بيع نصف ما وكل ببيعه)؛ أي: ببيع كله أو لم يكن في تبعيضه ضرر، (و)يجوز (أخذه)؛ أي: أخذ الوكيل بالبيع (بالثمن كفيلاً، أو) أخذه بالثمن (رهناً)، فإن هذه التصرفات من لوازم البيع.

ثم إن المصنِّف شرع في تفريع ما لو فعله الوكيل ماذا يلزمه وجوداً وعدماً؟ فقال: (فلا يضمن) الوكيل (إن توِى) بكسر الواو؛ أي: هلك[٧] (ما على الكفيل) من الثمن في صورة ما إذا باع، وأخذ به كفيلاً، فمات المديون مفلساً، والكفيل أيضاً، أو غاب ولا يعرف موضعه، وتوى المال؛ فلا يضمنه الوكيل.

(أو ضاع الرهن في يده)؛ أي: الوكيل؛ لأن حق الاستيفاء للوكيل، والرهن، والكفالة يؤكدان الاستيفاء فيملكهما[٨] الوكيل، والهالك في يده

---

(١) في (أ) و(ج): (بالغبن). البيع نوعان: بيع عين، وبيع دَين، ويعرف الأول: بالمشاهدة، والثاني: بالوصف. ينظر: العناية شرح الهداية: ٣٣٧/٦.
(٢) سقط من: (أ).
(٣) في (ب): (رد).
(٤) ينظر: الهداية: ١٤٥/٣.
(٥) في (ب): (طال)، وفي (ج): (إطالة).
(٦) في (أ): (المتجاوزة).
(٧) ينظر: المصباح المنير: ٧٩/١ مادة (توي).
(٨) في (ب): (فيملكها).

كالهالك في يد الموكل، فلا يضمن بخلاف ما إذا أخذ الوكيل بالقبض رهناً، أو كفيلاً فتوى ضمن الوكيل؛ لأنه لا يملك أخذ الكفيل، والرهن(١).

(ولو وهب) الوكيل بالبيع (الثمن من المشتري أو أبرأه منه أو حط عنه)، بعد العقد لأجل عيب ظهر في المبيع، أو لغير عيب (جاز) عند أبي حنيفة (رَحِمَهُ اللَّهُ)، ومحمد (ويضمن) ذلك للآمر(٢) في الجميع كلاً أو بعضاً، (وعند أبي يوسف: لا يجوز) شيء من ذلك؛ لأن كل تصرف يصير به الوكيل ضامناً في قول أبي حنيفة ومحمد، لا ينفذ في قول أبي يوسف.

(وكذا الخلاف) [بين الطرفين](٣) (لو أجله)؛ أي: لو باع الوكيل ما وكل به نقداً ثم أجله، (أو قبل به حوالة)؛ أي: لو احتال الوكيل(٤) بالثمن على آخر يجوز عندهما، خلافاً لأبي يوسف.

(ولو أقاله صح)؛ أي: لو أقال الوكيل المشتري؛ صح؛ أي: صحت إقالته عند الطرفين أيضاً، وتذكيره(٥) باعتبار أن الإقالة فسخ بالنسبة إلى المتعاقدين، وبيع في حق ثالث، (وسقط الثمن حينئذ عن المشتري، ولزم الوكيل)؛ أي: يضمن الوكيل الثمن للموكل عندهما، (وعند أبي يوسف: لا يسقط عن المشتري)، ويكون الوكيل مشترياً لنفسه(٦).

هذه المسألة أخذها المصنِّف من (والوكيل بالشراء) المطلق (يجوز شراؤه)؛ أي: شراء ما وكل به (بمثل القيمة وبزيادة) عليها بِقَدْر، المجمع(٧) من كتاب البيوع، وهي من الزوائد على المتون من مسائل المنظومة.

---

(١) ينظر: المبسوط: ١٣٠/٢٠، والبناية شرح الهداية: ٢٨٠/٩، والبحر الرائق: ٢٤٠/٦.
(٢) في (ب): (الآمر).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) في (ب): (أو تذكيره).
(٦) ينظر: مجمع البحرين وملتقى النيرين: ص٢٦٦.
(٧) مجمع البحرين وملتقى النيرين: للإمام مظفر الدين أحمد بن علي بن ثعلب، =

([ما][1] يتغابن) الناس (بها)؛ أي: يتحمل الناس في المبايعات الغبن بها، ثم إنه فسرها بقوله: (وهي)؛ أي: تلك الزيادة (ما)؛ أي: قدر (يقوّم) ذلك المشترى (به مقوّم) من أهل الخبرة[2]، وحاصله: أن يقومه أحد المقومين بالأقل، ويقومه مقوم آخر بالأكثر، فالباء في (به) بمعنى (مع)، وليست صلة التقويم.

(وقُدّر) على صيغة المجهول؛ أي: قدَّر[3] المشايخ المقدار الذي يتغابن فيه (في العُروض[4]: ده نيم)؛ أي: العشرة بعشرة[5] ونصف، (وفي الحيوان: ده يازده)؛ أي: العشرة بأحد عشر[6]، (وفي العقار: ده دوازده)؛ أي: العشرة باثني عشر[7]، حتى لو اشترى الوكيل بشراء العُروض ثوباً يساوي عشرة دراهم بعشرة ونصف، أو بشراء الحيوان فرساً يساوي عشرة بأحد عشر[8] أو بشراء العقار داراً تساوي عشرة آلاف باثني عشر ألفاً جاز ونفذ على الموكل؛ لأن هذه المقادير مما يتغابن الناس فيها[9].

قال في النهاية: هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في تلك

= أبي الضياء المعروف بابن الساعاتي البعلبكي البغدادي (ت: ٦٩٤هـ). ينظر: كشف الظنون: ١٥٩٩/٢، وهدية العارفين: ١٠٠/١، والدليل إلى المتون العلمية: ص٣٦٢.

(١) سقط من: (ب).

(٢) في (أ): (الحيرة).

(٣) في (ج): (وقدر).

(٤) العروض: هي الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، ولا يكون حيواناً ولا عقاراً. الصحاح: ١٠٨٣/٣، تبيين الحقائق: ٢٧٩/١.

(٥) في (أ): (بالعشرة)، اللفظ فارسي. ينظر: فرهنك فرزان: ص٣٩٦، كلمات حرف الدال.

(٦) في (أ): (عشرة).

(٧) ينظر: الهداية: ١٤٥/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٦١/٢، والجوهرة النيرة: ٣٠٦/١ ـ ٣٠٧.

(٨) في (ج): (عشرة).

(٩) ينظر: الهداية: ١٤٥/٣، والبناية شرح الهداية: ٢٧٢/٩.

البلدة: كالعبد، والدواب ونحوهما، فأما ما له قيمة معلومة في تلك البلدة: كالخبز، واللحم وغيرهما، فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل، وإن كانت الزيادة شيئاً قليلاً: كالفلس ونحوه.

(**لا بما لا يتغابن بها**)؛ أي: لا يجوز شراء الوكيل بزيادة لا يتغابن بها، وهي ما زاد على المذكورات؛ لأن التهمة فيه متحققة؛ لجواز أنه اشتراه لنَفْسه.

(**ولو وكل ببيع عبد، فباع نصفه**)، أو عشرة (**جاز**) عند أبي حنيفة؛ لأن اللفظ مطلق عن قيد تفريق الصفقة، أو جمعها، فيجري على إطلاقه[١] ألا يرى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز.

(**وقالا: لا يجوز**) بيع النصف وحده (**إلا إن**) تداركه بأن (**باع الباقي قبل الخصومة**)؛ لأن بيع النصف غير متعارف؛ لما فيه من ضرر الشركة، لكن لو باع الباقي[٢] قبل أن يختصما يندفع ذلك الضرر؛ وذلك لأن النصف قد يقع وسيلة[٣] إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتري الكل جملة، فيحتاج إلى أن يفرق، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة، وإذا لم يبع[٤] ظهر أنه لم يقع وسيلة، فلا يجوز[٥].

(**وهو**)؛ [أي][٦]: قولهما: (**استحسان**)، والقياس: عدم الجواز؛ لأنه صار معيباً ببيع نصفه، وقلّ من يرغب في شراء باقيه.

(**فإن**[٧] **وكل بشراء عبد، فاشترى نصفه**)، أو ثلثه (**لا يلزم الموكل**)،

---

(١) في (ج): (الإطلاق).
(٢) زيد في (أ) - في هذا الموضع - (الباقي).
(٣) في (أ): (وسلية).
(٤) في (أ): (بيع).
(٥) ينظر: الهداية: ١٤٦/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٦٢/٢، والجوهرة النيرة: ٣٠٧/١.
(٦) (أي) سقط من: (ب).
(٧) في (ب): (وإن).

والشراء موقوف **(إلا إن اشترى)** الوكيل **(باقيه قبل الخصومة)** مع الموكل، فحينئذ يلزم الموكل **(اتفاقاً)** ؛ لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال، بأن كان العبد مثلاً موروثاً، أو مشتركاً بين جماعة، فيحتاج إلى شرائه من كل واحد منهم شِقْصاً[(١)] شِقْصاً، فإذا اشترى نصيب أحدهم لا يلزم الموكل؛ لأنه لا يعلم هل يشتري باقيهِ أم لا؟ فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع ظهر أن شراء الجزء الأول كان وسيلة إلى شراء الجميع، فينفذ على الآمر بالاتفاق[(٢)].

(ولو رد المبيع على الوكيل) بالبيع **(بعيب)** إن كان الرد **(بقضاء رَدَّهُ)** الوكيل **(على آمره)**؛ أي: موكله **(مطلقاً)**؛ أي: سواء كان القضاء بالبينة، أو بالنكول، أو بالإقرار، وذلك **(فيما لا يحدث[(٣)] مثله)** من العيوب من وقت التوكيل إلى حين البيع ؛ لأن القاضي حينئذ يكون قد تيقن[(٤)] بحدوث العيب عند الآمر، فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج.

كما لو كان به أصبع زائدة، أو كان القاضي عالِماً بكون العيب فيه من عند الموكل يكون الرد على الوكيل رداً على الموكل، فلا يحتاج الوكيل إلى خصومة في ذلك مع الموكل[(٥)].

(وكذا) للوكيل الرد على الآمر **(فيما يحدث مثله)**، من العيوب **(إن كان)** الرد [عليه][(٦)] **(ببينة أو نكول)**؛ [لأن البينة][(٧)] حجة مطلقة تمضي

---

(١) شقصاً: الشقص: بالكسر: السهم، وقيل: الطائفة من الشيء، والقطعة من الأرض. ينظر: لسان العرب: ٤٨/٧، وتاج العروس: ١٥/١٨.

(٢) ينظر: الهداية: ١٤٦/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٦٢/٢، والجوهرة النيرة: ٣٠٧/١.

(٣) في (ب): (يحدث).

(٤) في (أ): (يتيقن)، وفي (ب): (تعين).

(٥) ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٧٥/٩.

(٦) سقط من: (ب).

(٧) سقط من: (ج).

على المأمور والآمر، وأما نكول الوكيل عن اليمين، فلأنه مضطر فيه؛ لبعد العيب عن عمله[١]؛ لعدم ممارسته البيع، فيلزم الآمر.

(وإن) كان الرد **(بإقرار)** من الوكيل بالعيب، **(فلا)**؛ أي: لا يكون له الرد على الآمر، [**(ولزم الوكيل)** ذلك المبيع؛ لأن الإقرار حجة قاصرة[٢]، ولا[٣] تتعدى إلى[٤] الآمر][٥].

(ولو باع) الوكيل العبد **(نسيئة، وقال الموكل: أمرتك)** بأن تبيعه **(بالنقد، وقال)** الوكيل: **(بل أطلقت)**؛ أي: أمرتني ببيعه[٦] [أ/٣٠٣] ولم تقل[٧] شيئاً **(صدق الموكل)**؛ إذ[٨] الظاهر في البيوع هو النقد[٩]، ولا دليل على الإطلاق، **(و)** صدق **(في المضاربة المضارب)** لو باع بالنسيئة، وقال رب المال: إنما أمرتك بالنقد؛ لأن الأصل في المضاربة العموم[١٠].

(ولا يصح تصرف أحد الوكيلين وحده فيما وُكِّلا به)؛ لأن الموكل لم يرضَ إلا باجتماع رأيهما، هذا[١١] إذا وكلهما بكلام واحد في دفعة واحدة، بأن قال: وكلتكما ببيع عبدي هذا، أما إذا وكلهما بكلامين بأن وكل أحدهما ببيعه، ثم وكل آخَرَ أن يبيعه، فأيهما[١٢] باع جاز؛ لأنه

---

(١) في (ب) و(ج): (علمه).
(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٢١٧، غمز عيون البصائر: ٢/٣٦٧.
(٣) في (ب): (فلا).
(٤) في (أ): (إلا).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (بيعه).
(٧) في (ب): (يقل).
(٨) في (أ): (إذا).
(٩) ينظر: الهداية: ٣/١٤٦.
(١٠) ينظر: الهداية: ٣/١٤٧.
(١١) في (ج): (لهذا).
(١٢) في (أ): (بأيهما)

رضي برأي كل منهما على الانفراد[١]، فلو قال بعد قوله: وكلا به دفعة واحدة؛ لكان أظهر.

(إلا) أن يكون وكلهما في أمر يكتفي فيه بأحدهما نحو (خصومة)؛ لأن اجتماع الوكيلين قد يفضي إلى كثرة الشغب في مجلس القضاء، وفيه خلاف زفر[٢]، والشافعي[٣].

(و)نحو (رد وديعة)، وعارية، و(غصب) قيد به؛ لأنه إذا وكل رَجلين بقبض وديعة، فانفرد[٤] أحدهما، بالقبض، وهلك[٥] في يده يصير ضامناً، (وقضاء دين) [عليه استحساناً، والقياس فيه: أن لا ينفرد أحدهما][٦] (وطلاق) [زوجته][٧]، (وعتق) [عبده][٨]، (لا عوض فيهما)، فإن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل كل منها تعبير محض[٩]، وعبارة الواحد والمثنى فيه سواء، إلا إذا[١٠] صرح باجتماعهما على ذلك، فإنه حينئذ يكون من القسم الأول، فلا ينفرد به أحدهم.

(وليس للوكيل أن يوكل) غيره فيما وكل هو فيه؛ لأنه إنما فوض[١١] إليه التصرف بنَفْسه دون التوكيل به؛ وذلك لأن الموكل رضي برأيه، واعتمد عليه، والناس متفاوتون في الآراء (إلا بإذن موكله) بأن ينص على التوكيل، (أو بقوله)؛ أي: بقول الموكل له: (اعمل برأيك)؛

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٨١/٩.
(٢) في (أ) و(ج): (الزفر).
(٣) ينظر: الهداية: ١٣٧/٣.
(٤) في (ج): (فانفراد).
(٥) في (ج): (ولهلك).
(٦) سقط من: (ب).
(٧) سقط من: (ب).
(٨) سقط من: (ب).
(٩) ينظر: الهداية: ١٤٨/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٦٢/٢.
(١٠) في (ج): (إذ).
(١١) في (أ): (توض).

لأنه أطلق التفويض إليه، وتوكيل غيره داخل في ذلك الإطلاق.

(فإن أذن) له الموكل بأحد الوجهين المذكورين، **(فوكل)** الوكيل وكيلاً آخر في ذلك الأمر؛ **(كان)** الوكيل **(الثاني)** أيضاً **(وكيل الأول لا)** وكيل الموكل **(الثاني، فلا ينعزل بعزله)**؛ أي: لا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الأول، **(ولا بموته)** كنائب القاضي الذي أذن له السلطان بالاستنابة[1].

(وينعزلان)؛ أي: الوكيل الأول ووكيله **(بموت[2] الأول)**؛ أي: بموت الموكل الأول، **(وإن وكل)** الوكيل غيره **(بلا إذن)** من الموكل الأول، **(فعقد الثاني)**؛ أي: وكيل الوكيل **(بحضرته)**؛ أي: بحضرة الوكيل الأول **(جاز)** ذلك العقد؛ لأن المقصود حضور رأي الوكيل الأول، وقد حضر.

(وكذا)؛ أي: يجوز العقد **(لو[3] عقد)** الوكيل الثاني **(بغيبته)**؛ أي: بغيبة الوكيل الأول، فبلغ خبره[4]، **(فأجازه)**؛ [أي][5]: عقده، **(أو** [قد][6] **كان قد قَدَّر الثَّمن)**؛ أي[7]: لو كان قدّر الوكيل الأول [للوكيل][8] الثاني ثمناً لما يبيعه أو يشتريه، فباع الوكيل الثاني أو اشترى بذلك [الثمن بعينه][9] بغيبته[10]؛ جاز؛ لأن الموكل إنما كان راضياً برأي

(١) ينظر: الهداية: ١٤٨/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٦٢/٢.
(٢) زيد في (ب) ـ في هذا الموضع ـ (الموكل).
(٣) في (ب): (ولو).
(٤) ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٨٦/٩.
(٥) سقط من: (ج).
(٦) سقط من: (ب) و(ج).
(٧) زيد في (أ) و(ج) ـ في هذا الموضع ـ : (الثمن).
(٨) سقط من: (ب).
(٩) سقط من: (أ)، (بعينه) سقط من: (ج).
(١٠) (بغيبته) سقط من: (ب).

الوكيل الأول، وقد وجد رأيه في الصورة الأولى: بإجازته العقد، وفي الثانية: بتقديره الثمن.

(ولا يجوز لعبد، أو مكاتب التصرف في مال طفله ببيع أو شراء، ولا) يجوز تصرفه أيضاً في **(تزويجه؛** لأن الرق يمنع الولاية بين الوالد وولده، **(وكذا الكافر)** ذمياً كان، أو حربياً لا يملك ذلك **(في حق طفله المُسْلم)**[١]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

❁ ❁ ❁

باب الوكالة بالخصومة والقبض

أفرده؛ لاختصاصه بمسائل شاملة لجميع[٢] ما تقع الوكالة فيه **(للوكيل بالخصومة)**؛ أي: بإثبات الدَّين، ونحوه **(القبض)**؛ أي: قبض مالاً خاصمه[٣] فيه عيناً كان أو دَيناً عند الثلاث[٤]؛ لأنه أثرها، وهو كالعلة الغائية[٥] لها.

(خلافاً لزفر) هو[٦] يقول: الموكل إنما رضي بخصومة الوكيل، والقبض غير الخصومة، ولو كان أرادها من الوكيل لنص عليها، فعلم أنه لم يرضَ بقبضه[٧]؛ إذ ليس كل أحد يؤتمن على القبض، وقلَّ من يؤديه كما أخذه.

---

(١) ينظر: الهداية: ١٤٨/٣، والبناية شرح الهداية: ٢٨٧/٩.
(٢) في (ب): (بجميع).
(٣) في (ب): (خاص).
(٤) يقصد أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد (ﷺ). ينظر: المبسوط: ١١/١٩، وتحفة الفقهاء: ٢٢٩/٣١.
(٥) العلة بهذا المعنى ثلاثة أنواع: ١ ـ غائية: وهي التي لأجلها كان الدفع، وهو المِلْك في البيع، ٢ ـ وصورية: كالمبادلة في البيع فهي صورة للبيع والإيجاب والقَبْول، ٣ ـ وعلةٌ مادّية: كالتعاطي في البيع. ينظر: البحر الرائق: ٢٨٣/٥.
(٦) في (ج): (وهو).
(٧) في (أ): (لقبضه).

ولنا: إن من مَلَكَ شيئاً مَلَك إتمامه[١]، والخصومة إنما تتم وتنتهي بالقبض إذ الخصومة قائمة ما لم يقبض[٢].

(**والفتوى اليوم على قوله**)؛ أي: على قول زفر، فالوكيل بالخصومة إنما يملك الدعوى والمنازعة مع الخصم إلى أن يثبت الحق، لكن ليس له أن يقبض الحق؛ لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن[٣] على القبض خصوصاً إذا كان المقبوض مالاً[٤].

(**ومثله الوكيل بالتقاضي**)[٥]؛ يعني: إذا كان الحق ثابتاً والخصم غير منكر لكنه يماطل في الأداء، فصاحب الحق يوكل آخر بتقاضيه، وهو الطلب العنيف، فالوكيل[٦] بالتقاضي يملك القبض على [أصل][٧] الرواية؛ لأنه في معنى الخصومة وضعاً، لكنه لا يملكه[٨] عُرفاً، فإن العُرف حاكم على الوضع، والفتوى إنما هي بحسب العُرف، فلا يملكه[٩] أيضاً؛ لفساد الزمان[١٠].

(**وللوكيل بقبض الدَّين الخصومة قبل القبض**)؛ يعني: أن الوكيل بقبض الدَّين يكون وكيلاً بالخصومة فيه عكس المسألة[١١] السابقة ـ عند

---

(١) ينظر: فتح القدير: ١٠٧/٨.
(٢) ينظر: الهداية: ١٤٩/٣.
(٣) في (أ): (لا يؤمن).
(٤) ذلك الترجيح معلل بظهور الخيانة في الوكلاء، ولعل فيه إشارة إلى إمكانية القول بالأخذ بالأئمة الثلاثة إذا أمن الموكل بوكيل وخاصم عنه؛ فله القبض نيابة عنه. ينظر: الجوهرة النيرة: ٣٠٩/١.
(٥) التقاضي: طلب القبض؛ لأنه تفاعلٌ من قضى، يقال: تقاضيت ديني، واقتضيته، بمعنى: أخذته بمعنى: أن الوكيل بالطلب كالوكيل بالخصومة على مذهب الأئمة الثلاث. ينظر: تاج العروس: ٣١٣/٣٩، والمبسوط: ٧٣/١٩
(٦) في (ب): (فما لوكيل).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (أ): (لا يملك).
(٩) في (أ): (فلا يملك).
(١٠) ينظر: الهداية: ١٤٩/٣، والعناية شرح الهداية: ١٠٧/٨.
(١١) في (أ): (مسألة).

أبي حنيفة ـ حتى لو أقيمت البينة على هذا الوكيل باستيفاء الموكل الدَّين، أو إبرائه[(١)] المديون منه؛ تُقبل عنده.

(خلافاً لهما)، فإنهما يقولان: الوكيل بقبض الدَّين لا يملك الخصومة، وهي رواية[(٢)] الحسن[(٣)] عن أبي حنيفة أيضاً؛ لأن القبض غير الخصومة، والموكل إنما وكله بالقبض دون الخصومة، وليس كل من يؤتمن على المال يُهتدى إلى الخصومات، فلم يكن الرضى بالقبض رضًى بالخصومة.

ولأبي حنيفة: إنه وكله بالتملك[(٤)]؛ لأن الديون إنما تقضى بأمثالها[(٥)]؛ إذ[(٦)] قبض[(٧)] عين الدَّين غير متصور؛ لأنه وصف في الذمة، وهو أمر معنوي، لكنه جُعل استيفاءً لعين الحق من وجه.

(وللوكيل بأخذ الشفعة الخصومة قبل الأخذ اتفاقاً[(٨)]، وكذا الوكيل بالرجوع في الهبة)، أو الوكيل **(بالقسمة، أو الرد بالعيب)**، فلكل من هؤلاء الوكلاء الخصومة قبل حصول المقصود ووصول الحق إلى مستحقه؛ لأنها وسيلة إليه، والوسائل متقدمة على المطالب[(٩)].

(وكذا الوكيل بالشراء) له أن يخاصم في حقوقه من الرد بالعيب، وقبض المشتري[(١٠)] **([بعد][(١١)] مباشرته)**؛ أي: بعد مباشرته الشراء؛ لأن

(١) في (أ): (إبراؤه) وفي (ج): (إبراءه).
(٢) زيد في (أ) ـ في هذا الموضع ـ (رواية).
(٣) ينظر: خليج البحار: ص١٣٣.
(٤) في (ب): (بالتمليك).
(٥) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص٢١٤.
(٦) (إذ) سقط من: (ب).
(٧) في (ب): (وقبض).
(٨) ينظر: المبسوط: ١٧/١٩، والاختيار لتعليل المختار: ١٦٤/٢.
(٩) في (ب): (الطالب). ينظر: التقرير والتحبير: ٤٠/١.
(١٠) في (أ): (المشري).
(١١) سقط من: (ج).

المبادلة تقتضي[١] حقوقاً، والوكيل خصم فيها، لتعلقها به دون الموكل[٢].

(وليس للوكيل بقبض العين الخصومة) اتفاقاً؛ لأنه أمين محض، والقبض [أ/٣٠٤] ليس بمبادلة، فأشبه الرسول؛ ولذلك فرع عليه بقوله: **(فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد)** في يد المدعى عليه، **(أن موكله باعه منه)**؛ أي: من ذي اليد **(تقصر يد الوكيل)** عن[٣] قبض العبد، ولكن **(لا يثبت البيع)** على الموكل؛ لأن البينة قامت على من ليس بخصم، **(فيلزم)** ذو[٤] اليد **(إعادة البينة إذا حضر الموكل)** على الشراء منه، ولا يكتفى بإقامتها على الوكيل؛ لأنها [إنما][٥] قامت على قصر يد الوكيل عن قبض العبد، وذلك لا يقتضي ثبوت البيع من الغائب[٦].

(كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة)، أو الجارية[٧] **(أو العبد)**، وصورة هذه المسألة: أنه وكل وكيلاً بنقل امرأته أو عبده من مكان [إلى مكان][٨]، فامتنعت المرأة عن الذهاب، وأقامت بينة[٩] أن الزوج طلقها، أو العبد وأقام بينته[١٠] أن المولى أعتقه، فإنهما تسمع بينتهما استحساناً[١١] في حق قصر يد الوكيل عنهما[١٢].

---

(١) في (ب): (يقتضي).
(٢) ينظر: الهداية: ١٤٩/٣، والبناية في شرح الهداية: ٢٩١/٩.
(٣) في (أ): (من).
(٤) في (أ) و(ب): (ذا).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: الهداية: ١٤٩/٣، والعناية شرح الهداية: ١١٣/٨.
(٧) في (أ): (جارية).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) في (ب): (البينة)، وفي (ج): (بينته).
(١٠) في (أ) و(ب): (بينته).
(١١) (وجه الاستحسان: أنه خاصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض، فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع، فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك، فإنها تُقبل في قصر يده). الهداية: ١٤٩/٣، وفتح القدير: ١١٢/٨.
(١٢) ينظر: فتح القدير: ١١٣/٨.

(ولا يثبت الطلاق، ولا العتق لو برهنا)؛ أي: الزوجة والعبد (عليهما)؛ أي: على الطلاق والعتق، (بلا حضور الموكل)، حتى لو حضر الزوج أو المولى؛ كان له أخذهما[١] ما لم تعد المرأة إقامة البينة عليه بطلاقها أو العبد بعتقه[٢].

❊ ❊ ❊

[إقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي]

(وإقرار الوكيل بالخصومة على موكله) بالقبض، أو الإبراء[٣] أو نحو ذلك إن كان إقراره (عند القاضي)؛ فهو (صحيح) نافذ على الموكل (لا عند غير القاضي)؛ يعني: إن كان إقراره عند غير القاضي، فشهد به شاهدان عند القاضي لا يصح، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وهو استحسان[٤].

(خلافاً لأبي يوسف)؛ فإن عنده يجوز إقراره عليه، ولو في غير مجلس القضاء، وهو قوله[٥] الأخير.

وقال زفر والشافعي: لا يجوز في الوجهين[٦]، وهو قول أبي يوسف أولاً، وهو[٧] القياس؛ لأنه مأمور بالخصومة: وهي المنازعة والإقرار ضد ذلك؛ لأنه مسالمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده[٨].

(١) في (أ): (أخذها).
(٢) ينظر: الهداية: ١٥٠/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٦٥/٢.
(٣) في (ج): (للإبراء).
(٤) في (ج): (استحساناً).
(٥) في (ج): (قول).
(٦) ينظر: الأم: ١٢٥/٧، والمبسوط: ٤/١٩.
(٧) في (أ) و(ب): (هو).
(٨) ينظر: التلخيص في أصول الفقه: ٢٧٣/١.

وجه الاستحسان: أن الوكيل صحيح قطعاً، وصحته تتناول[١] ما يملك، وهو مطلق الجواب دون أحد طرفيه، وطريق المجاز مسلوك، فيصرف إليه تحرياً للصحة قطعاً.

(لكن لو برهن عليه)؛ أي: على الوكيل بالخصومة **(أنه أقر في غير مجلس القضاء؛ خرج عن الوكالة)** عند أبي حنيفة، وإذا لم يصح الإقرار في غير مجلس القضاء[٢] **(ولا يدفع إليه المال)**؛ لأنه لا يؤتمن[٣] عليه؛ لأنه صار مناقضاً، وصار **(كالأب أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح إقراره، ولا يدفع إليه المال)**؛ لأن ولايتهما نظرية، ولا نظر في الإقرار على الصغير[٤]، كذا في الكفاية[٥].

(ولا) يصح **(توكيل رب المال كفيله)** الذي كفل له بماله عند غيره **(بقبض)** متعلق بالتوكيل **(ما)** موصولة؛ أي: بقبض ما حصل له **(على المكفول عنه)**؛ أي: المديون، ولو وكله لم يصر الكفيل وكيلاً أبداً حتى لو هلك المال في يده؛ لم يهلك على الموكل؛ لأن الوكيل هو من يعمل لغيره.

ولو صحت وكالته يكون عاملاً لنَفْسه بناءً على أن لرب المال أن يأخذ حقه منه، فلو وكله باستخلاص ذلك من المديون كان عاملاً لنفسه في إبراء ذمته، وتخليصها عن عهدة الدَّين، فانعدم ركن الوكالة، وهو كونه عاملاً لغيره، فيعود على موضوعه[٦] بالنقض[٧]، وكل ما كان هذا شأنه، فهو باطل[٨].

---

(١) في (أ) و(ب): (وصحة تناول).
(٢) في (أ) و(ج): (القاضي).
(٣) في (أ) و(ب): (يؤمن).
(٤) ينظر: الهداية: ١٥٠/٣.
(٥) ينظر: خليج البحار: ص٤٨٣.
(٦) في (ج): (وضعها).
(٧) في (ج): (ينقض).
(٨) ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٩٧/٩.

(ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدَّين أمر بالدفع إليه) صورته: أن رجلاً ادعى أنه وكيل زيد في قبض ماله في ذمة عمرو من الدَّين، فصدّقَهُ عمرو في الوكالة، وأقر بالدَّين، فالحاكم يأمر عمراً بتسليم ما أقر به لزيد إلى الوكيل المذكور؛ لأنه أقر على نَفْسه، وما يؤديه خالص حقه، وليس في ذلك لزوم ضرر على غيره، فيؤمر بالخروج عن عهدة ما التزمه، ثم ينظر بعد ذلك.

(فإن صدقه صاحب الدَّين)، وهو زيد فبها ونعمت، وقد وصل الحق إلى أهله، وبرئ المديون من الدَّين، (وإلا)؛ أي: وإن لم يصدق زيد الرَّجل في الوكالة (أمر) عمروٌ (بالدفع إليه)؛ أي: يأمر الحاكم عمراً بأن يدفع ما أقر به من الدَّين إلى زيد (أيضاً)؛ أي: ثانياً.

(ورجع به على الوكيل)؛ أي: يرجع على مدعي الوكالة بما كان دفع إليه؛ لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر زيد الوكالة، فلم يكن مستوفياً حقه، ويلزمه أن يكون ما دفعه عمرو إلى الوكيل بغير حق، فيسترده منه (إن لم يهلك في يده)؛ أي: إن كان باقياً في يد الوكيل، أو صرفه إلى مصالحه؛ لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم[1] تحصل، فله أن ينقض[2] قبضه[3]، (وإن) كان (هلك) في يده من غير استهلاكه (لا)؛ أي: لا يرجع عليه به؛ لأنه بتصديقه إياه في الوكالة اعترف بأنه محق في القبض، ويكون مظلوماً في زعمه بدفعه[4] الدَّين مرتين، والمظلوم ليس له أن يظلم غيره.

(إلا إن كان ضمنه عند دفعه إليه) هذا استثناء من قوله: (وإن هلك لا)، ولفظ: (ضمّنه) مروي بالتشديد، [فمعنى التشديد][5]: هو أن يجعل المديون الوكيل ضامناً بأن قال له: نعم أنت وكيل، لكن إن حضر زيد

---

(١) في (أ) و(ب): (فلم).
(٢) في (أ): (ينتقض).
(٣) في (أ): (قبضته).
(٤) في (أ): (بدفع).
(٥) سقط من: (ب).

ولم يصدقك، فأنا أرجع عليك[١] بهذا المال، فالمستكن[٢] في (ضمِّنه) مسند إلى المديون، والبارز راجع إلى الوكيل، ومعنى التخفيف: هو أن يقول الوكيل للمديون: لو رجع عليك زيد ثانياً بذلك المال، فأنا ضامن به، فالمستكن مسند إلى الوكيل، والبارز[٣] إلى المديون، فحينئذ لا يكون ظالماً بأخذه، (**أو دفعه**[٤] **إليه، على ادعائه غير مصدق وكالته**)؛ أي: يرجع عمرو عليه لو دفع المال إليه بمجرد دعواه الوكالة من غير أن يصدقه فيها سواء دفع إليه بأمر الحاكم أو بغير أمره؛ لأنه لم يصدقه في الوكالة، ولكن دفع إليه على رجاء الإجازة من الطالب[٥]، [فإذا][٦] انقطع[٧] رجاؤه بإنكار الطالب الوكالة رجع على[٨] مدعيها.

(**ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الأمانة لا يؤمر بالدفع إليه**)؛ أي: لا يُؤمر المودع بدفع ما عنده من الوديعة إلى ذلك الوكيل؛ لأنه أقر له بمال الغير بخلاف الدَّين؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فكان إقراره بذلك إقراراً على نَفْسه بالمطالبة والقبض.

(**وكذا**)؛ أي: لا يؤمر المودع بالدفع إليه (**لو صدقه في دعوى شرائها**)؛ أي: الأمانة (**في**[٩] **أن المالك**)؛ يعني: لو ادعى رَجل[١٠] أنه اشترى الوديعة من صاحبها، وقد وكله بقبضها ممن هي عنده، وصدَّقه

---

(١) في (ب): (إليك).
(٢) قوله: (فالمستكن)؛ أي: فالضمير المستتر في قوله: (ضمِّنه) من باب: كنَنتُه؛ أي: سترته. ينظر: المصباح المنير: ٥٤٢/٢، والبناية شرح الهداية: ٢٠٢/٩.
(٣) أي: الضمير البارز.
(٤) في (ب) و(ج): (دفع).
(٥) في (أ): (المطالب).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (ج): (فانقطع).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) في (ب) و(ج): (من).
(١٠) في (ج): (رَجلاً).

المودّع على ذلك لا يُؤمر بالدفع إليه؛ لأنه أيضاً إقرار بمال الغير للغير، وهو باطل لا يدخل تحت الحكم[١].

(ولو صدقه في أن المالك مات وتركها ميراثاً له أمر بالدفع إليه)؛ أي: لو ادعى رَجل على المودع أنه وارث صاحب الوديعة، وقد مات وتركها ميراثاً له لا يشركه في ذلك [أ/٣٠٥] وارث غيره، وصدقه المودع على ذلك؛ فإنه يؤمر المودع بدفع الوديعة إلى ذلك المدعي؛ لأن الوديعة لا تبقى على[٢] [مِلْك][٣] الميت بل تنتقل إلى وارثه[٤]، فقد اتفق المدعي والمودع على أن تلك الوديعة مِلْك للطالب[٥]، فيؤمر بالدفع إليه[٦]، ولا يخفى أن الضمير المنصوب في قوله: (صدّقه) في الموضعين[٧]، والمجرور في قوله[٨]: (إليه)[٩] يعود على مدعي الوكالة بالنظر إلى المضاف فقط، فهذا على دأب المشايخ الكرام في اقتصارهم على المرام، وإعراضهم عن التدقيق[١٠] حيث يفهم معنى الكلام[١١].

(ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض) ما عليه من **(الدَّين استيفاء)** بالنصب مفعول (ادعى)، **(الدائن)**؛ أي: ادعى أن موكلك قد قبض هذا الدَّين واستوفاه مني، **(ولا بينة له)** على استيفاء[١٢] الدَّين **(أمر بدفعه إليه)**؛

---

(١) ينظر: الهداية: ١٥١/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٦٦/٢.
(٢) زيد في (ب) - في هذا الموضع - (ذلك).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) في (ب): (ورثة).
(٥) في (ب) و(ج): (الطالب).
(٦) ينظر: الهداية: ١٥١/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٦٦/٢.
(٧) في (أ) و(ج): (موضعين).
(٨) في (ب): (له).
(٩) في (ب): (وإليه).
(١٠) في (أ): (الدقيق).
(١١) ينظر: الهداية: ١٥١/٣.
(١٢) في (ب): (استيفائه).

أي: إلى الوكيل؛ لأن الوكالة قد ثبتت، والاستيفاء لم يثبت بمجرد[1] دعواه، فلا يصدَّق بلا حجة، ولا[2] يُؤخر الحق إلى أن يستحلف الدائن؛ لئلا يصير ذلك طريقاً إلى إبطال الحقوق[3] الثابتة[4].

(ولا يستحلف)؛ أي: ليس للمديون أن [يستحلف][5] الوكيل **(على أنه ما يعلم استيفاء موكله)**؛ لأنه نائب، [والنيابة لا تجري في الأيمان][6]، فلا يلزمه[7] اليمين **(بل يتبع رب الدَّين)**؛ أي: بعد أن يدفع المديون المال إلى الوكيل له أن يتبع الدائن **(ويستحلفه)**؛ أي: المديون رب الدَّين، **(أنه ما استوفى)** منه رعاية لجانب المديون[8].

(ولو ادعى البائع على وكيل الرد بالعيب) متعلق بقوله: (الرد)[9][10] **(أن موكله رضي به)**؛ يعني: لو اشترى عبداً، فظهر به عيب قديم، فَوَكَّل آخر برده على بائعه، فقال البائع: إنَّ موكلك[11] قد رضي بهذا العيب؛ **(لا يُؤمر)** البائع **(بدفع الثمن)** إلى الوكيل **(قبل حلف المشتري)**؛ أي: يؤخر المشتري إلى أن يحضر بنَفْسه، ويحلف [على][12] عدم الرضا.

(ومن دفع إليه[13] آخر عشرة) وأمره أن **(ينفقها على أهله، فأنفق)**

---

(١) في (ب): (لمجرد).
(٢) في (ب): (فلا).
(٣) ينظر: الهداية: ٣/١٥١.
(٤) في (أ): (الثابتية).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) سقط من: (ب).
(٧) في (أ) و(ج): (فلا يلزم).
(٨) ينظر: العناية شرح الهداية: ٨/١٣٣.
(٩) زيد في (أ) و(ج) ـ في هذا الموضع ـ: (الرد).
(١٠) زيد في (أ) و(ج) ـ في هذا الموضع ـ: (وكيل).
(١١) في (ب): (موكله).
(١٢) سقط من: (أ) و(ج).
(١٣) في (أ): (إلى).

المأمور (**عليهم عشرة من عنده؛ فهي بها**)؛ أي: تكون العشرة تقاصاً بالعشرة؛ لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بشراء ما يحتاج إليه، والنقود لا تتعين بالتعيين[١].

❁ ❁ ❁

باب عزل الوكيل

وجه إفراد هذا الباب: ظاهر، ووجه تأخيره: أظهر، والمراد بعزل[٢]: ما ينتظم انعزاله، وبطلان كونه وكيلاً كما لا يخفى (**للموكل عزل وكيله**) عن الوكالة؛ لأنها حقه، فله أن يبطله (**إلا إذا تعلق به**)؛ أي: بكون الوكيل وكيلاً، ويجوز عود الضمير إلى الوكالة بتأويل التوكيل أو إلى الوكيل بضرب من التأويل[٣] (**حق الغير كوكيل الخصومة بطلب الخصم**)؛ يعني: إذا كان أحد الخصمين بحيث لا يمكن حضوره مجلس الحكم، فطلب خصمه أن يوكل وكيلاً للخصومة معه، ففعل، فذلك الوكيل لا ينعزل بعزل الموكل إياه قبل الخصومة؛ لأن حق الطالب تعلق به، وفي عزله إبطال حقه.

(**وَيَتَوَقَّف انعزاله على عِلْمه**)؛ أي: إذا عزل الموكل وكيله لا ينعزل ما لم يبلغه العزل[٤]، وقال الشافعي: ينعزل[٥]، (**فتصرف قبله**[٦] **صحيح**)؛ أي: تصرف الوكيل قبل عِلْمه بالعزل صحيح؛ لأن في العزل إضراراً به من

---

(١) ينظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: ٣/٣٥١، والعناية شرح الهداية: ٣/١٥١ ـ ١٥٢.

(٢) في (أ) و(ب): (بعزله).

(٣) في (أ) و(ب): (التوكيل).

(٤) ينظر: النتف في الفتاوى: ٢/٦٠٢، والهداية: ٣/١٥٢.

(٥) ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي: ص١١٠.

(٦) في (أ): (فعله).

حيث إبطال ولايته، أو من حيث رجوع الحقوق إليه حتى لو نقد الوكيل بالشراء الثمن من مال موكله، أو سلم الوكيل بالبيع المبيع إلى المشتري قبل علمه بالعزل صح؛ لأنه باقٍ على الوكالة، ولو انعزل بمجرد عزل الموكل[١] إياه ضمن ذلك، فيتضرر به، ولو عزل الوكيل نَفْسه عن الوكالة لا يصح من غير [عِلْم][٢] الموكل، ولا يخرج به عن الوكالة[٣].

❊ ❊ ❊

[مبطلات الوكالة]

(**وتبطل الوكالة بموت الموكل**)؛ لأن العقد في الوكالة غير لازم[٤]، فالتوكيل في كل ساعة ثابت تقديراً، فيمتنع من الميت (**وجنونه**)؛ أي: جنون الموكل جنوناً (**مطبقاً**)؛ أي: مستوعباً قيد به؛ لأن قليله كالإغماء لا تبطل[٥] الوكالة، وأما كثيرهُ كالموت.

(**وحدّه**)؛ أي: مقدار الجنون المطبق (**شهر عند أبي يوسف**)[٦]؛ لأن هذا المقدار يسقط به الصوم عن المُكَلَّفِ، فاعتبره به[٧]، وفي رواية عنه أيضاً: أنه مقدَّر[٨] بأكثر من يوم وليلة؛ لأنه تسقط به الصلوات[٩] الخمس، فصار كالميت، (**وحول**[١٠] **عند محمد**)؛ أي: قدَّره محمد بحولٍ

(١) في (أ): (الموكله).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الهداية: ١٥٢/٣.
(٤) ينظر: مختصر القدوري: ص١١٦، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٣٧/٦، العناية شرح الهداية: ١٤١/٨.
(٥) في (ب): (لا تبطل).
(٦) ينظر: النتف في الفتاوى، للسغدي: ٦٠٢/٢، وبدائع الصنائع ٣٨/٦.
(٧) في (أ): (جنون للطبق).
(٨) في (أ): (مقدار).
(٩) في (ج): (الصلاة).
(١٠) الحول: السَّنة. ينظر: العين: ٢٩٧/٣، ومقاييس اللغة: ١٢١/٢.

كامل؛ وهو السَّنَة الشمسية[١]؛ لأنه يسقط به جميع العبادات، فاعتبره به احتياطاً، (وهو المختار)؛ أي: قول محمد هو المأخوذ للفتوى[٢].

وتبطل (بلحاقِهِ بدار الحرب) حال كونه (مرتداً)؛ أي: بلحوق [الموكل][٣] المرتد بدار الحرب عند أبي حنيفة؛ لأن أهل الحرب أموات في أحكام الإسلام، وباللحاق صار منهم، والمراد بلحاقه: ثبوته بحكم الحاكم (خلافاً لهما).

وكذا تبطل الوكالة (بعجز موكله) عن بدل الكتابة (مكاتباً) حال من[٤] موكله، فالعامل هو العجز، أو عن المستتر فيه، فالعامل هو التوكل[٥]، فتأمل، (وحَجْره)؛ أي: منع موكله عن التصرف (مأذوناً) حال الوجهين، وإنما تبطل؛ لأن الموكل لم يبقَ أهلاً للتصرف، فنائبه أولى[٦]، (و)كذا السبب (افتراق الشريكين) شركة عنان[٧]، أو مفاوضة[٨] فإذا وكل أحدهما، أو كلاهما ثالثاً بالتصرف في مال الشركة، فافترقا؛ تبطل وكالته.

(وكذا تصرف الموكل فيما وكل به) يُبطل[٩] الوكالة؛ لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل أن يتصرف؛ لعدم المحل، فبطلت الوكالة ضرورة، وفي هذه الصورة تفصيل ووجوه ذكرها صاحب الهداية[١٠].

---

(١) السَّنة الشمسية: وهي مدة وصول الشمس إلى القِبْلة التي فارقتها في ذلك البرج وذلك في ثلاثمئة وخمس وستين يوماً وربع يوم. ينظر: المغرب: ٢٥٦/١، والعناية شرح الهداية: ٣٠٢/٤، والبحر الرائق: ٩٧/٢.
(٢) ينظر: بدائع الصنائع: ٣٨/٦، وتحفة الفقهاء: ٢٣٥/٣.
(٣) سقط من: (ب).
(٤) في (ب): (عن).
(٥) ينظر: الهداية: ١٥٢/٣.
(٦) ينظر: مختصر القدوري: ص١١٦، وبدائع الصنائع: ٣٨/٦، والهداية: ١٥٣/٣.
(٧) شركة عنان: (وهو أن يشتركا في عموم التجارات). بدائع الصنائع: ٦٢/٦.
(٨) في (ب): (ومفاوضة)، وشركة المفاوضة: (وهو المساواة في رأس المال والربح والتصرف، وغير ذلك). بدائع الصنائع: ٥٨/٦.
(٩) في (ب): (تبطل).
(١٠) ينظر: الهداية: ١٥٣/٣.

(ولا يشترط في الموت)؛ أي: موت الموكل، **(وما بعده)** إلى تصرف الموكل فيما وكل به **(عِلْم الوكيل)**؛ أي: لا يشترط في هذه الصور[١] علم الوكيل بعزله، بل بمجرد حدوث شيء منها ينعزل الوكيل، ولا يتوقَّف على علمه[٢].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) في (ج): (الصورة).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: ٣٨/٦.

كتاب الدعوى

[هي[١] اسم على (فَعلَى)، وألفها للتأنيث فلا تنون[٢]، وجمعها دعاوى - بفتح الواو - لا غير كفتوى وفتاوى][٣]، وهي لغة: طلب ما بيد الغير حقيقة أو حكماً[٤].

وشرعاً: ما ذكره المصنِّف بقوله: (هي إخبار بِحَقٍّ له على غيره)[٥]، فالضميران يعودان إلى المخبر المقدّر؛ لأن المصدر لكونه وصفاً للفاعل يدل عليه التزاماً، وتقدير الكلام: هي إخبار المخبر بحق له على غير المخبر، وقد فهم من تعريف الدعوى تعريف كل من المدعي، والمدعى عليه كما لا يخفى.

لكن لما كان الفَرْق بينهما من أهم [أ/٣٠٦] ما تُبنى[٦] عليه مسائل الدعوى [فقد ذكر][٧] تعريفاً آخر لهما، وكثر تعريفهما فيما بينهم بعبارات مختلفة، والأقرب ما ذكره[٨] صاحب الهداية، فتبعه المصنِّف حيث قال:

---

(١) في (ج): (أي).
(٢) في (أ): (فلا تنوين).
(٣) من قوله: (هي اسم...) إلى قوله: (وفتاوى) سقط من: (ب).
(٤) المغرب: ١/١٦٥.
(٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٢/١٠٩.
(٦) في (ج): (ما ينبني).
(٧) في كل النسخ: (قد كرره).
(٨) ينظر: مجمع الأنهر: ٦/٢٦٩.

(**والمدعي: من لا يُجبر على الخصومة**)، لم يقل: إذا تركها، كما قال القدوري[(١)]، ومن تابعه؛ لأنه غير مجبور حالتي[(٢)] الترك والفصل، والقيد المذكور يوهم ذلك.

(**والمدعى عليه من يجبر**) عليها بعد دعوى صحيحة، فلا يترك إذا تركها بل يلزم بإقامتها، والخروج عن عهدتها[(٣)].

(**ولا تصح الدعوى**)؛ أي: لا تُقبل، ولا يسمعها الحاكم، ولا يلزم المدعى عليه جوابها (**إلا بذكر شيء علم جنسه**): كالدراهم، والدنانير، والبُر، والشعير ونحوها[(٤)]، (**وقدره**) كمئة، وألف، وقفيز[(٥)]، وقفيزين ونحوها؛ لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة، وذلك في المجهول لا يتحقق، (**فإن كان**) المدعي به (**دَيناً**) في الذمة (**ذكر**) المدعي في دعواه (**أنه يطالب به**)؛ أي: يقول: إن لي على هذا كذا درهماً، أو ديناراً، وأنا[(٦)] أطلبه منه؛ وذلك لأنه حقه[(٧)]، فلا بدَّ من طلبه[(٨)].

(**وإن كان**) المدعى به عيناً (**نقلياً ذكر المدعي أنها في يد المدعى عليه**)؛ لأنه إنما يصير خصماً بكونها في يده (**بغير حق**) قيد به؛ لاحتمال كون ما يدعيه مرهوناً في يد المدعى عليه، أو محبوساً؛ لأجل الثمن وحينئذٍ [يكون][(٩)] في يد المدعى عليه بحق، وليس للمدعي أن يطالبه به ما

---

(١) قال القدوري: المدعي: من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه: من يجبر عليها إذا تركها. ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٤، والجوهرة النيرة: ٢/٢١٠.
(٢) في (ج): (حالة).
(٣) ينظر: الهداية: ٣/١٥٤.
(٤) في (ج): (ونحوهما).
(٥) القفيز: مكيال، وهو أيضاً مقدار من مساحة الأرض. ينظر: العين: ٥/٩٢، وتهذيب اللغة: ٨/٣٣٠، والسير الصغير: ص٢٥٧.
(٦) في (ج): (بقول).
(٧) في (ب): (حقوقه).
(٨) ينظر: الهداية: ٣/١٥٤.
(٩) سقط من: (أ).

لم يؤدِ الدَّين، أو ينقد الثمن، وذكر أيضاً (أنه يُطالبه بها)؛ لأن المطالبة[١] حق المدعي، فلا بدَّ من طلبه[٢]، (ولا بدَّ من إحضارها)؛ أي: العين المدعى لا بدَّ أن يحضر إلى مجلس الحكم[٣] (إن أمكن) إحضارها بأن كانت حاضرة عند المدعى عليه، ونقلها ممكن، فيُكلف إحضارها؛ (ليشار إليها عند الدعوى)[٤].

(و)كذا لا بدَّ من إحضارها عند (الشهادة، أو الحلف)؛ أي: استحلاف المدعى عليه عند عدم البينة؛ لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط[٥]؛ لتنتفي الجهالة رأساً، وذلك بالإشارة في المنقول؛ لأنها أبلغ في التعريف؛ لكونها بمنزلة [وضع][٦] اليد بخلاف ذكر الأوصاف، فإن احتمال الاشتراك فيها قائم على كل حال، (وإن تعذر) إحضارها (يذكر المدعي (قيمتها)، ليصير المدعى به معلوماً بقَدْر الإمكان[٧].

(وفي) دعوى (العقار لا يحتاج إلى قوله:) هو في يده (بغير حق)؛ إذ لم يثبت بعد كونه[٨] في يده بدليل قوله: (ولا تثبت اليد فيه)[٩]؛ أي: في العقار (بتصادقهما)؛ أي: المدعي والمدعى عليه؛ لأن اليد على العقار غير مشاهدة لكل أحد، فيحتمل أن يتواضع اثنان على تملك عقار الغير فيدعي أحدهما أن محدوداً كذا بيد هذا ويطلبه، فيحكم له به مع أنه ليس بيد المدعى عليه، فلذلك لا تثبت اليد في العقار بمجرد قول المدعي: هو في يده، وتصديق المدعى عليه ذلك (بل) إنما تثبت اليد (ببينة)[١٠]، لم

---

(١) في (ب): (للطالبة).
(٢) في (ج): (طلب).
(٣) في (ج): (الحاكم).
(٤) ينظر: الهداية: ١٥٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٠/٢.
(٥) في (ب): (بشرط).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: الهداية: ١٥٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٠/٢.
(٨) في (أ): (ككونه).
(٩) في (ب): (إليه).
(١٠) في (ب): (سببية).

يقل: بحجة؛ لأنه يتناول الإقرار[(١)]، (أو علم القاضي) بكونه [في][(٢)]يد المدعى عليه؛ لتنتفي تلك التهمة بخلاف المنقول؛ لأن اليد فيه مشاهدة.

قوله: (في الصحيح)؛ أي: في رواية الجامع، حتى قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل[(٣)]: أنه لو قضى القاضي بذلك لا ينفذ قضاؤه، ما لم تقم البينة على اليد، أو يكون القاضي عالماً بها.

(ولا بدَّ فيه)؛ أي: في دعوى العقار، فتذكير الضمير باعتبار المضاف إليه (من ذكر البلد) الذي ذلك العقار من أراضيها[(٤)]، (والمحلة) التي تلك الدار فيها، (والحدود الأربعة) لذلك العقار[(٥)] وإن كان مشهوراً عند أبي حنيفة، وقالا: الشهرة مغنية عن التحديد (في الدعوى والشهادة)؛ أي: لا بدَّ من ذكر المذكورات في الدعوى بأن يقول: ادعى العقار الفلاني الواقع في بلدة كذا، ومحلة كذا المحدود بكذا وكذا، وكذلك يقول الشاهد في أداء الشهادة.

(و) لا بدَّ أيضاً من ذكر (أسماء أصحابها)؛ أي: أصحاب الحدود الأربعة، (و) لا بدَّ من ذكر (نسبهم)؛ أي: نسب أصحابها (إلى الجد) أب الأب كل ذلك؛ لأجل الاحتياط، وتمام التعريف يحصل بذلك[(٦)]، (وفي الرَّجل المشهور) إذا كان من أصحاب الحدود (يكتفي بذكره) كقاضي البلدة، ومفتيها ونحوهما؛ لحصول المقصود بذكره، فلا حاجة إلى بيان نسبه.

(فإن ذكر ثلاثة) من الحدود (وترك الرابع) في الدعوى والشهادة؛

---

(١) ينظر: الهداية: ١٥٥/٣، والعناية شرح الهداية: ١٦٣/٨.
(٢) سقط من: (أ).
(٣) أبو بكر محمد بن الفضل بن أنيف الكماري البخاري (ت: ٣٨١هـ). ينظر: الجواهر المضية: ١٠٧/٢ ـ ١٠٨.
(٤) في (أ): (أراد فيها).
(٥) ينظر: الهداية: ١٥٥/٣.
(٦) ينظر: الهداية: ١٢٤/٣ ـ ١٥٥، والاختيار لتعليل المختار: ١١٠/٢.

(صح) ذلك، خلافاً لزفر؛ لأن التعريف لم يتم، ولنا: إن للأكثر[(١)] حكم الكل[(٢)]، (وإن ذكره وغلط فيه؛ لا) يصح؛ لأنه يختلف به المدعي، ولا كذلك إذا ترك[(٣)].

❁ ❁ ❁

[إقرار المدعى عليه بصحة الدعوى وما يترتب عليه]

(وإذا صحت) الدعوى بما ذكرنا من[(٤)] الشروط (سأل القاضي الخصم)؛ أي: المدعى عليه (عنها)؛ أي: عن الدعوى، وحقيقتها [حتى][(٥)] ينكشف[(٦)] له وجه الحكم، (فإن[(٧)] أقر)؛ أي: اعترف بما قرره المدعي (حكم عليه) بإقراره؛ لأن الإقرار موجب بنفسه، فيأمره القاضي بالخروج عن عهدة ما أوجبه على نَفْسه[(٨)]، (وإن أنكر)؛ [أي: الخصم][(٩)] (سأل) القاضي من (المدعي البينة) على مدعاه؛ لأن النبي ﷺ قال للمدعي: «ألك بينة؟»، فقال: لا، فقال: «لك يمينه»[(١٠)]، سأل المدعي عن البينة ورتب اليمين على فقدها، فلا بدَّ للقاضي من السؤال عنها؛ ليعلم هل هي موجودة، فيأمر

---

(١) في (ب): (الأكثر).
(٢) ينظر: شرح التلويح: ٤٠٥/١، وفتح القدير: ١٩/١، والتقرير والتحبير: ١١٧/٢.
(٣) ينظر: الهداية: ١٥٥/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١١٠/٢، الجوهرة النيرة: ٢١٠/٢.
(٤) في (أ): (في).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (ب): (لينكشف).
(٧) زيد في (ج) - في هذا الموضع - (كان).
(٨) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٤، الجوهرة النيرة: ٢١٠/٢.
(٩) سقط من: (ب) و(ج).
(١٠) ينظر: صحيح مسلم: ١٢٣/١، برقم ١٣٩، كتاب: الأيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مُسْلم بيمين فاجرة بالنار.

بإقامتها، أو معدومة[١]، فيمكنه الاستحلاف[٢]؟! **(فإن أقامها)**[٣]؛ [أي][٤]: أقام المدعي البينة على وفق دعواه قضى بها إن كان القاضي يعرفهم بالعدالة، أو عدلوا؛ لانتفاء[٥] التهمة عن البينة حينئذ، فلم يبق إلا كون خبرهم محتملاً للكذب، وحيث لا دليل عليه، فيحكم القاضي بنفي ذلك الاحتمال نظراً إلى ظاهر الحال[٦].

(وإلا)؛ أي: وإن لم يقم[٧] المدعي البينة بل عجز عن إقامتها **(حلَّف)** القاضي **(الخصم)** المنكر **(إن طلبه)**؛ أي: التحليف **(خصمه)**، وهو المدعي، وإنما يشترط طلبه؛ لأن اليمين حق المدعى كما أشير إليه، فيما روينا من قوله ﷺ: «**لك يمينه**»[٨] حيث نسب اليمين إلى المدعي بلام الاختصاص الدالة[٩] على أن اليمين حقه[١٠]، **(فإن حلف)** المدعى عليه **(انقطعت الخصومة)** بينهما **(حتى تقوم البينة)**؛ لأن اليمين إنما شُرع لرفع الخصومة وقطع النزاع إلى أن تقوم البينة.

❊ ❊ ❊

[نكول المدعى عليه عن اليمين]

(وإن[١١] **نكل)** الخصم المنكر **(مرة)** نكولاً حقيقياً بأن قال:

---

(١) في (ب): (معدودة).
(٢) في (ب): (الاستخلاف).
(٣) في (أ): (أقامتها).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) في (أ): (الانتفاء).
(٦) ينظر: الهداية: ١٥٥/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١١٠/٢.
(٧) في (ب): (يتمم).
(٨) ينظر: خليج البحار: ص١٩٧٨.
(٩) في (ج): (الدلالة).
(١٠) ينظر: البناية شرح الهداية: ٣٢٢/٩.
(١١) في (ب) و(ج): (فإن).

لا أحلف، أو حكمياً (بأن سكت بلا آفةٍ) من خرس، أو طرش، (فقضى) القاضي، فإن نكل المدعى عليه عن اليمين عليه (بالنكول) مرة (صح قضاؤه، في الكافي [أ/٣٠٧]، والهداية: هو الصحيح[(١)]، قوله: (بالنكول) مستدرك بل موهوم كما لا يخفى.

وقال الشافعي: لا يقضى به بل يقال للمدعي: احلف على أنك محق في دعواك هذه، فإن حلف قضى به[(٢)]؛ لأن النكول يحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين الكاذبة، أو ترفعاً عن الصادقة، فلا يتحقق المال مع الاحتمال، ويمين المدعي دليل الظهور، فيصار إليه[(٣)].

ولنا: إن النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً، وإلا لأقدم على[(٤)] اليمين إقامة للواجب، ودفعاً للضرر عن نَفْسه، فترجح ما قلنا، ولا حاجة إلى رد اليمين؛ لأن النبي ﷺ قسم الأمر بين المدعي والمدعى عليه، (فجعل البينة على المدعي، واليمين على من أنكر)[(٥)]، والقسمة تنافي الشركة، فلا يلزم أحدهما ما يلزم الآخر[(٦)].

---

(١) ينظر: الهداية: ١٥٦/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١١١/٢.
(٢) ينظر: العزيز شرح الوجيز: ٢٠٨/١٣.
(٣) ينظر: المصدر السابق.
(٤) في (ج): (عن).
(٥) في الصحيحين ذكر لفظ اليمين على المدعى عليه فقط، وبمعناه ورد قوله ـ في الصحيحين ـ: «شاهداك أو يمينه» صحيح البخاري: ١٤٣/٢ رقم٢٥١٥، كتاب: الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن، صحيح مسلم: ١٢٣/١، كتاب: الأيمان. ولفظ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» هو من رواية البيهقي وغيره، ينظر: صحيح البخاري: ٣٥/٦ رقم٤٥٥٢، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ﴾..، صحيح مسلم: ١٣٣٦/٣ رقم١٧١١، كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، السنن الكبرى، للبيهقي: ٤٢٧/١٠، وسنن الدارقطني: ٣٨٩/٥، ونصب الراية: ٩٥/٤، وكشف الخفاء، للعجلوني: ٣٣٢/١، والتلخيص الحبير: ١٠٧/٤، ونظم المتناثر من الحديث المتواتر، للكتاني: ص١٧٠.
(٦) ينظر: الهداية: ١٥٥/٣ ـ ١٥٦.

(**وعرض اليمين ثلاثاً**)؛ أي: عرض القاضي اليمين على المدعى عليه بأن يقول له: إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً، فإن حلفت، وإلا أحكم عليك بما ادعاه، (**ثم القضاء أحوط**)؛ لاحتمال أن يحلف بعد مرة، أو مرتين، ولا عبرة بعد القضاء لقوله: احلف؛ لأنه أبطل حقه بالنكول، فلا ينتقض به القضاء[1].

(**ولا تُرد اليمين على مدعٍ**)[2]؛ أي: لو قال المدعى عليه للقاضي: حلف المدعي أنه يدعي حقاً وإن المبلغ الذي يدعيه في ذمتي، فإن القاضي لا يُجيبه إلى ذلك، ولا يحلف المدعي على ذلك، خلافاً للشافعي حتى لو فعل القاضي ذلك، [وأبى المدعي أن يحلف؛ لا يكون ذلك منه نكولاً][3] ولا يبطل[4] حقه به[5].

(**ولا يُقضى بشاهد ويمين**)، [و][6] صورته: أن يكون للمدعي شاهد واحد فقط، [فيشهد الشاهد][7]، ويحلف هو بأن لي على المدعى عليه هذا الحق، وهو كذا[8]، وعند الشافعي، ومالك، وأحمد يجوز ذلك[9]، ولهم ما روي: أن النبي ﷺ قضى بشاهد ويمين[10]، ولنا: قوله عز من قائل: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية، والحديث

---

(١) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٤، الاختيار لتعليل المختار: ١١١/٢.
(٢) في (ج): (مدعي).
(٣) قوله: (وأبى المدعي أن يحلف، لا يكون ذلك منه نكولاً) سقط من: (ب) وزيد في (ب) ـ في هذا الموضع ـ (منه فنكل).
(٤) في (أ): (ولا تبطل)، وفي (ب): (لا تبطل).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير: ١٤٦/١٧.
(٦) سقط من: (أ).
(٧) سقط من: (أ).
(٨) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١١١/٢.
(٩) ينظر: الرسالة للقيرواني: ص١٣٢، الهداية على مذهب الإمام الحنبلي: ص٥٧١، الكافي فقه الإمام أحمد: ٢٤٠/٤، العزيز شرح الوجيز: ٨٤/١٣.
(١٠) رواه مسلم بلفظ: «أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد». صحيح مسلم: ١٣٣٧/٣ رقم١٧١٢، كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد.

المذكور محمول على أنه من [خصائص][(١)] النبوة، كما في قَبُول[(٢)] شهادة خزيمة[(٣)(٤)] وحده، ومثل ذلك لا يتعدى مورده، ولا يُقاس عليه غيره.

(ولا يحلف) المدعى عليه [غيره][(٥)] **(في نكاح)**: بأن يدعي رَجل [على][(٦)] امرأة[(٧)]، [أو][(٨)] هي عليه النكاح، والآخر ينكره[(٩)] **(و)لا** [يحلف][(١٠)] **في (رجعة)** بأن تدعي المرأة في العدة، أو بعدها، أو [يدعي][(١١)]

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) في (أ): (قول).

(٣) خزيمة: بن ثابت بن الفاكه بن ثعلبة بن ساعدة بن عامر بن غيان بن خطمة بن جشم بن مالك بن الأوس الأنصاري، يكنى أبو عمارة، ذو الشهادتين، شهد بدراً مع النبي ﷺ وما بعدها من المشاهد، وشهد مع علي ﷺ الجمل وصفين، واستشهد يوم صفين (٣٧هـ). ينظر: الطبقات: لخليفة بن خياط: ص١٥١، أسد الغابة: ١٧٠/٢، وتهذيب الأسماء واللغات: ١٧٥/١ ـ ١٧٦، وسير أعلام النبلاء: ٤٨٦/٢.

(٤) في البخاري عن زيد بن ثابت يروي أنه لم يجد إلا «مع خزيمة بن ثابت الذي جعل رسول الله ﷺ شهادته شهادة رَجلين». صحيح البخاري: ١٩/٤ رقم٢٨٠٧، كتاب الجهاد، باب قول الله تعالى: ﴿مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ رِجَالٌ﴾، والحديث الذي فيه قصة شهادة خزيمة رواه أحمد وغيره، وضعفه ابن حزم، وصححه غيره، وقال عنه الحاكم: حديث صحيح الإسناد ورجاله باتفاق الشيخين ثقات، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. ينظر: مسند أحمد: ٢٠٦/٣٦، وسنن أبي داود: ٣٠٨/٣، والسنن الكبرى، للنسائي: ٧٣/٦، والمعجم الكبير، للطبراني: ٣٧٩/٢٢، والمستدرك: ٢١/٢، ومصنف عبد الرزاق: ٣٦٦/٨، والسنن الكبرى، للبيهقي: ١٠٥/٧ مصنف ابن أبي شيبة: ٥٣٨/٤، والمحلى، لابن حزم: ٤٢٩/٧، والبدر المنير: ٤٦٢/٧.

(٥) سقط من: (أ) و(ب).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) زيد في (ب) ـ في هذا الموضع ـ (ويدعي).

(٨) سقط من: (ب).

(٩) في (ج): (ينكر).

(١٠) سقط من: (أ) و(ج).

(١١) سقط من: (أ) و(ج).

هو عليها بعد العدة أنه راجعها[١] فيها، وأنكر الآخر[٢].

ولا في (فيء[٣] إيلاء)[٤] بأن يدعي الزوج المولى عليها[٥]، أو[٦] هي عليه بعد المدة[٧]، أو قبلها أنه فاء فيها قولاً، أو فعلاً، والآخر ينكر، (و)لا في (استيلاد)[٨]: بأن تدعي الأمة على مولاها[٩] أنها ولدت منه هذا الولد[١٠]، أو ولدت ولداً[١١] قد مات، أو سقطت سقطاً مستبين الخِلْقة منه، وأنكر المولي، ولا وجه لدعوى المولى ههنا وإنكارها؛ إذ الاستيلاد يثبت بإقراره، فلا عبرة لإنكارها[١٢]، (و)لا في (رقٍّ) بأن يدعي على مجهول أنه عبده، أو يدعي المجهول عليه ذلك، والآخر[١٣] منكر، والمراد: مجهول الحال لا مجهول النسب كما توهم، (و)لا في (نسب): بأن يدعي على مجهول النسب أنه ولده، أو والده، أو المجهول[١٤] يدعي ذلك، والآخر ينكر، (و)لا في (ولاء)؛ أي: ولاء

---

(١) في (ج): (فإنه راجعاً).
(٢) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٤، الهداية: ١٥٦/٣.
(٣) الفيء: الرجوع. العين: ٤٠٧/٨، لسان العرب: ١٢٧/١. والرجوع المقصود به هنا بعد اليمين في الإيلاء.
(٤) الإيلاء: هو كل يمين يمنع الرَّجل عن مباشرة امرأته أربعة أشهر فصاعداً حتى لا يقدر أن يجامعها إلا أن يحنث. ينظر: النتف في الفتاوى: ٣٦٩/١.
(٥) زيد في (ب) ـ في هذ الموضع ـ (بعد العدة).
(٦) زيد في (ب) ـ في هذا الموضع ـ (تدعي).
(٧) في (ب): (العدة) وفي (ج): (المودة).
(٨) الاستيلاد: هو تصيير الجارية أم ولد. ينظر: بدائع الصنائع: ١٢٣/٤.
(٩) في (ب): (موليها).
(١٠) زيد في (ب) ـ في هذا الموضع ـ (وادعاه).
(١١) في (ب): (ولدا).
(١٢) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٥، والهداية: ١٥٦/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٣/٢.
(١٣) في (أ): (الآخر).
(١٤) في (أ): (والمجهول).

عتق، أو موالاة[١]: بأن يدعي على معروف أنه معتقه، أو مولاه، أو ادعى المعروف ذلك، وأنكر الآخر، (وعندهما: **يحلف وبه**)[٢]؛ أي: بقولهما (يُفتى)[٣].

فهذه سبعة مسائل لا يحلف فيها المنكر عند أبي حنيفة، ويحلف عندهما، وإنما كانت الفتوى على قولهما؛ لأن ذلك أرفق بالناس، وأحوط في هذا الزمان.

ثم الاختلاف مبنيٌّ على أن فائدة اليمين إنما هي القضاء على من نكل، والنكول بذل عنده، وإقرار عندهما، ومعنى البذل ثمة ترك النزاع، والإعراض عن الخصومة[٤] بإرضاء[٥] الخصم بشيء من المال يتسامح له فيه، وإذا كان كذلك لا تبقى اليمين واجبة؛ لحصول المقصود بدونها مع [أن][٦] الأصل[٧] أن البذل لا يجري فيها، فلا يستحلف.

ولهما: إن النكول لما كان إقراراً؛ لدلالته[٨] على أنه كان كاذباً في الإنكار، وإلا لأقدم[٩] على اليمين، أو بدلاً عن الإقرار، [والإقرار][١٠] يجري في هذه الأشياء، فكانت فائدة اليمين لازمة الحصول، فيحلف[١١]،

(١) في كل النسخ كتبت بالتاء الطويلة (موالات). والموالاة: عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل. ينظر: العناية شرح الهداية: ٢١٨/٩.
(٢) ينظر: تحفة الفقهاء: ١٨٣/٣، والهداية: ١٥٦/٣.
(٣) في (ب): (يفتى؛ أي: بقولهما).
(٤) ينظر: العناية شرح الهداية: ١٨٣/٨، وفتح القدير: ١٨٤/٨، والبحر الرائق: ٢٠٧/٧.
(٥) في (أ) و(ج): (بإرشاء).
(٦) سقط من: (أ).
(٧) ينظر: الهداية: ١٥٧/٣، والجوهرة النيرة: ٢١١/٢.
(٨) في (أ) و(ج): (الدلالة).
(٩) في (ج): (لإقدام).
(١٠) سقط من: (ب).
(١١) في (أ): (فحلف).

لكن لما كان لا يخلو عن الشبهة، والحدود تندرئ بالشبهات لم يجر في القصاص[(١)].

(ولا) يحلف المنكر في (حدٍّ) من الحدود المقدرة كحد الشرب [وحد][(٢)] الزنا، والقذف، كما لو ادعى عليه: أنك قذفتني بالزنا، وعليك الحد؛ لا[(٣)] يستحلف، بالإجماع[(٤)]؛ إذ لو نكل لا يُقام الحد للشبهة في كون النكول إقراراً إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بزناه، فادعى [العبد عليه][(٥)] أنه قد زنى، ولا بينة له يستحلف المولى، فإن نكل يثبت العتق لا الزنا[(٦)]، (و)لا في (لعان) كما لو ادعت على الزوج أنك قذفتني بالزنا، وعليك اللعان؛ فإنه لا يستحلف بالاتفاق[(٧)]؛ لأن اللعان [في][(٨)] معنى الحد[(٩)].

ولا[(١٠)] يلزم إيقاع الحد الذي هو حق الله تعالى لاستغنائه[(١١)] [سبحانه][(١٢)] فيما اجتمع فيه الحَقَّان؛ أعني: حق الخَلْق، وحق الخالق ﷻ وعلا عن العالمين، واحتياج العبد الذليل المسكين[(١٣)].

---

(١) في (أ) و(ج): (قصاص). ينظر: الهداية: ١٥٧/٣.
(٢) سقط من: (ب).
(٣) زيد في (أ) ـ في هذا الموضع ـ (ما).
(٤) الإجماع هنا اتفاق الأئمة الحنفية. ينظر: تبيين الحقائق: ٢٩٧/٤، الجوهرة النيرة: ٢١٢/٢.
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (أ): (الزنا).
(٧) ينظر: الجوهرة النيرة: ٢١٢/٢، والبناية شرح الهداية: ٣٣١/٩.
(٨) سقط من: (ب).
(٩) في هذا الموضع: وجد النص الآتي: (ثم إنه شرع في التحليف على وجه يثبت به حق العبد) في كل النسخ، ولعل موضعه عند قوله: (والسارق يحلف).
(١٠) في (أ): (وإلا).
(١١) في (أ): (استغنائه).
(١٢) سقط من: (أ).
(١٣) ينظر: الجوهرة النيرة: ٢١٢/٢.

(والسارق) المنكر (يحلف) بالله: ما أخذت، وما [له][(١)] عليك هذا المال، (فإن نكل) عن اليمين؛ (ضمن) المال للمدعي، أو قيمة ما يدعيه؛ لأنه يجب بالشبهة، (ولا تقطع) يده، وإن كان المدعى نصاباً من حرزٍ ووجدت[(٢)] شرائط السرقة وارتفعت موانعها؛ لأنه لا يجب بالشبهة، فلا يجب بالنكول[(٣)].

ويحلف الزوج إن ادعت المرأة (طلاقاً قبل الدخول)، أو بعده (إجماعاً)[(٤)]، فإن حلف برئ، (فإن نكل) عن اليمين؛ (ضمن) لها (نصف المهر) على الوجه الأول، وكله على الوجه الثاني في قولهم جميعاً؛ لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا [كان][(٥)] المقصود هو المال، والتقييد بقبل[(٦)] الدخول اتفاقي؛ لأن الاستحلاف يجري في الطلاق مطلقاً، وكذا يحلف الزوج (في النكاح إن ادعت المرأة (مهرها))؛ لأن[(٧)] ذلك دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله، ولا [٣٠٨/أ] يثبت النكاح[(٨)].

ويحلف (في النسب)؛ أي: في دعوى النسب (إن ادعى حقاً كإرث)، كما إذا ادعى على آخر أنه أخوه، ومات أبوهما[(٩)]، وترك ميراثاً لهما في يد المدعى عليه، فإنه يستحلف، فإن حلف برئ، وإن نكل قضى بالمال،

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) في (أ): (وجدت).

(٣) ينظر: الهداية: ١٥٧/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٣/٢، والجوهرة النيرة: ٢١٢/٢.

(٤) من الواضح أنه إجماع أئمة المذهب. ينظر: تبيين الحقائق: ٢٩٩/٤، والجوهرة النيرة: ٢١٢/٢.

(٥) سقط من: (أ).

(٦) في (أ) و(ج): (يقبل).

(٧) في (أ): (لكن).

(٨) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١١٣/٢، والعناية شرح الهداية: ١٨٧/٨.

(٩) في (ب): (أبوه).

(ونفقة)، كما إذا ادعى [زَمِنٌ][١] معسر [على موسرٍ][٢] أنه أخوه، ونفقته عليه، فإن أنكر[٣] الأخ يستحلف، فإن حلف برئ، وإن نكل قضى بالنفقة، **(وغيرهما)**؛ أي: إذا ادعى حقاً آخر سوى النسب كالحَجْر[٤] في اللقيط[٥].

كما إذا ادعت امرأة على رَجل في يده صبي التقطه[٦]، وهو لا يعبر عن نَفْسه أن ذلك الصبي أخوها تريد قصر يد الملتقط [عن الصبي][٧]، وإمساكها إياه بمالها من حق الحضانة، فإنه يستحلف، فإن[٨] حلف برئ، فإن نكل يثبت حق الحضانة، ولا يثبت النسب[٩].

(و)**يحلف المنكر بالإجماع**[١٠] في دعوى **(القصاص، فإن نكل في)** دعوى قتل **(النفس)**، فلا قصاص، ولا دية، ولكن **(حبس حتى**[١١] **يقر)**؛ [أي: إلى أن يقر][١٢]، فيقتص، **(أو يحلف)**، فأطلق عن الحبس، وإلا فيُحبس أبداً، (و)إن نكل **(فيما دونها)**؛ أي: فيما دون النَّفْس من الأطراف؛ **(يقتص)** منه، وهذا عند أبي حنيفة، **(وعندهما: يضمن الأرش فيهما)**؛ أي: في النَّفْسِ، وما دونها؛ يعني: إذا نكل المدعى عليه عن

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (أ): (فأنكر).
(٤) الحَجْر: هو (المنع عن أشياء مخصوصة بأوصاف مخصوصة). الاختيار لتعليل المختار: ٩٤/٢.
(٥) اللقيط: هو (اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العَيْلَةِ أو فراراً من تهمة الريبة). المبسوط: ٢٠٩/١٠.
(٦) في (أ): (التقط).
(٧) سقط من: (ب).
(٨) في (أ) و(ب): (وإن).
(٩) ينظر: الهداية: ١٥٧/٣، العناية شرح الهداية: ١٨٨/٨.
(١٠) من الواضح أنه إجماع أئمة المذهب. ينظر: الهداية: ١٥٧/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١١٣/٢.
(١١) زيد في (ب) ـ في هذا الموضع ـ : (يعبر أي).
(١٢) سقط من: (ب).

اليمين، فإن كانت الدعوى بقتل النفس عمداً يلزمه الدية تماماً، وإن كانت فيما دون النفس يلزمه أرش ذلك.

لهما: إن النكول إقرار فيه شبهة، فلا يثبت به القصاص، وإذا امتنع القصاص يصار إلى بدله؛ أعني: الأرش، ولأبي حنيفة: إن الأطراف بمنزلة المال في أنها خلقت لوقاية النفس، فيجري فيها البذل، ويتوجه[١] عليه: أنه يلزم حينئذ قطع يده بالنكول، وقد مر أنه لا يقطع [به][٢]، ـ فتأمل ـ بخلاف النفس، وإذا امتنع القصاص في النفس، واليمين حق واجب الأداء، فيُحبس به[٣] حتى يقر، أو يحلف كما في القسامة[٤].

(فإن قال المدعي: لي بينة حاضرة) في المصر، (وطلب يمين خصمه لا يحلف) عند أبي حنيفة، ولا يُجيبه[٥] القاضي إلى ذلك؛ لأنه لما كانت بينة حاضرة لم يبقَ لليمين وجه قبل إحضارها، وظهر أنه يريد أن يقيم البينة عليه بعد حلفه، فيفضحه، وقد أُمرنا بالستر، وقالا: له أن يحلفه؛ لأنه عسى أن لا يجيبه الشهود، فيحتاط بالتحليف.

وقال الإمام الحلواني[٦]: إن شاء القاضي عمل بقوله، أو بقولهما، (ويكفل) حينئذ؛ أي: يأخذ [منه][٧] كفيلاً (بنَفْسه ثلاثة أيام)؛ أي: يقال للمدعى عليه: أعطِ كفيلاً بنفس إلى ثلاثة أيام؛ كي لا يغيب نفسه، فيضيع حق المدعي[٨].

---

(١) في (أ): (ويوجه).

(٢) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٦، الهداية: ١٥٧/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١١٣/٢.

(٣) سقط من: (أ).

(٤) القسامة: تستعمل في اليمين بالله تبارك وتعالى بسب مخصوص وعدد مخصوص، وعلى شخص مخصوص، وهو المدعى عليه على وجهٍ مخصوص. ينظر: بدائع الصنائع: ٢٨٦/٧، واللباب في شرح الكتاب: ١٧١/٣ ـ ١٧٢.

(٥) في (ج): (يجيب).

(٦) ينظر: خليج البحار: ص١٣٠.

(٧) سقط من: (ب).

(٨) ينظر: الهداية: ١٥٧/٣ ـ ١٥٨، والاختيار لتعليل المختار: ١١٢/٢.

والكفالة بالنفس جائزة، والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة، وعن أبي يوسف: إنه[١] مقدَّر بمجلس القاضي، وقال الإمام الحلواني: إنه يفوض إلى رأي القاضي، (فإن أبى)؛ أي: امتنع المدعى عليه من إعطاء الكفيل لا يجبر عليه بل إن شاء المدعي (لازمه) ثلاثة أيام؛ لئلا يذهب حقه.

(ودار معه حيث دار) هذا تفسير الملازمة؛ أي: [سار المدعي مع المدعى عليه حيث سار][٢]، ولو دخل داره لحاجة لا يمنعه[٣] بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج، ولو كان الدَّين للرَّجل على المرأة لا يلازمها بل يبعث[٤] امرأة أمينة تلازمها[٥].

(وإن كان) المدعى عليه (غريباً)؛ أي: مسافراً أو عازماً على السفر (يكفل، أو يلازم) كلاهما على بناء المجهول، (قَدْر مجلس القاضي)؛ أي: بمقدار ما يجلس القاضي للحكم في ذلك اليوم، فإن أتى بالبينة فبها، وإلا يحلفه إن شاء أو يدعه، وإنما قدر بهذا[٦] المقدار؛ لأن في الزيادة على ذلك إضراراً[٧] به يمنعه عن السفر وتخلفه[٨] عن الرفقة، ولا ضرر في هذا المقدار غالباً.

❊ ❊ ❊

[في كيفية التحليف]

(واليمين) المعتبر: أن يحلف (بالله تعالى) هذا شروع في بيان كيفية

---

(١) (أنه) سقط من: (ب).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) زيد في (ج) ـ في هذا الموضع ـ (بل يمنعه).
(٤) في (أ): (بعث).
(٥) ينظر: الهداية: ١٥٨/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٢/٢.
(٦) في (ب) و(ج): (هذا).
(٧) في (أ): (إضرار).
(٨) في (أ): (وتحلفه) وفي (ب): (ومخلفه).

التحليف؛ يعني: أن القاضي إذا حلف الخصم، فإنه يحلفه باسم الله تعالى دون غيره، لقوله ﷺ: «من كان منكم حالفاً؛ فليحلف بالله، أو ليذر»[١] (لا) أن يحلف (بطلاق وعتاق)؛ لأن اليمين بهما يمين بغير الله، وهو حرام[٢] (وقيل)[٣]: (إن ألحَّ الخصم)، وطلب تحليف خصمه بالطلاق، أو العتاق؛ (صحَّ بهما في زماننا)[٤]؛ أي: يجوز للقاضي أن يحلف الخصم بهما؛ لأن الناس قد تغيروا، واجترؤا على اليمين بالله تعالى كاذباً ظنّاً فاسداً منهم أن ذلك ينجبر بالكفارة من غير علم بوبال[٥] اليمين الغموس[٦]، لكنهم يخافون من وقوع الطلاق، ووجوب المهر، أو من ضياع المال بالعتق، لكن هذا القول ضعيف، وفاعله سخيف؛ لأنه لو نكل عن اليمين بالطلاق، والعتاق؛ لا يحكم عليه بالنكول[٧]؛ لأنه امتنع عما هو منهي [عنه][٨] شرعاً، فلم يكن للتحليف بهما فائدة[٩].

(وتُغَلَّظ)؛ أي: تُؤَكَّد[١٠] اليمين (بذكر صفاته) جل وعلا بعد ذكر اسمه سبحانه و(تعالى)، ليكون روعاً له عن اليمين الكاذبة (إن شاء القاضي) نحو قوله: قل: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة

(١) في (أ): (لينذر)، والحديث في صحيح البخاري: ١٨٠/٣، برقم ٢٦٧٩، كتاب: الشهادات، باب: كيف يستحلف؟ صحيح مسلم: ١٢٦٧/٣، برقم ١٦٤٦، كتاب: الأيمان، باب: النهي عن الحلف بغير الله تعالى.

(٢) ينظر: الهداية: ١٥٨/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٢/٢.

(٣) وهو قول ابن الكمال. ينظر: قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار: ٦٥/٨.

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤٥٥/٧.

(٥) بوبال: أي: جزاء أمرها الذي قد حل. ينظر: تفسير الطبري: ٤٦٦/٢٣.

(٦) اليمين الغموس: هي من أعظم الكبائر، وهي أن يحلف الرَّجل وهو يعلم أنه كاذب ليقتطع بها مال أخيه، وسُميت غموساً؛ لأنها تغمس في الإثم من حلف بها باطلاً. ينظر: جمهرة اللغة: ٨٤٦/٢، وتهذيب اللغة: ٧٢/٨، وتفسير السمرقندي: ٣٩٥/٣.

(٧) في (أ): (النكول).

(٨) سقط من: (أ).

(٩) ينظر: الهداية: ١٥٨/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٣/٢، والجوهرة النيرة: ٢١٧/٢.

(١٠) في (أ) و(ج): (تأكد).

الرحمن الرحيم، الذي يعلم السر كما يعلم العلانية ما لفلان هذا عليك، ولا قِبَلَكَ[(١)] هذا المال الذي ادعاه هو كذا وكذا، ولا شيء منه، وله أن يزيد في التغليظ على هذا، وله أن ينقص منه، وقيل: لا تُغَلَّظ[(٢)] على الرَّجل المعروف بالصلاح، وتُغلظ على غيره[(٣)]، وقيل: تُغَلَّظ في الخطير من المال دون الحقير إلا أنه يحتاط[(٤)].

(ويحترز) القاضي (عن التكرار)، وذلك بأن يذكر الأوصاف الشريفة[(٥)] المذكورة بالواو؛ لأن كل اسم منها يمين على حدة، فإذا عطف تكرر[(٦)] اليمين (لا بزمان، أو مكان)؛ أي: لا تُغَلَّظ اليمين بإيقاعه في زمان أو مكان؛ لأن المقصود تعظيم المقسم به، وهو حاصل بدون ذلك، والتخصيص بالزمان، أو بالمكان زيادة على النص.

وقال الشافعي: إن كانت اليمين في قسامة، أو لعان أو في مال عظيم يبلغ قدره عشرين مثقالاً تغلظ[(٧)] بالمكان[(٨)]، فيحلف [بين][(٩)] الركن والمقام إن كان بمكة، وعند منبر النبي ﷺ إن كان بالمدينة، وعند الصخرة إن كان في بيت المقدس، وإن كان في غيرها، ففي الجوامع، وإن لم يكن، ففي المساجد، فيكون ذلك يوم الجمعة بين المنبر والمحراب بعد العصر.

❋ ❋ ❋

---

(١) في (ج): (فيك)، والقِبَلُ ـ بكسر القاف وفتح الباء ـ الوجهة، فقِبَلك؛ أي: جهتك. ينظر: المصباح المنير: ٢/٤٨٨.
(٢) في (ج): (تغليظ).
(٣) ينظر: التفسير المنير للزحيلي: ٧/١٠٥.
(٤) ينظر: مجمع الأنهر: ٢/٢٥٩.
(٥) ينظر: الهداية: ٣/١٥٨، والاختيار لتعليل المختار: ٢/١١٤.
(٦) في (ب): (يتكرر).
(٧) في (ج): (لا تغلظ).
(٨) ينظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي: ٣/٤٣٢، وفتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: ٢/٢٨٥.
(٩) سقط من: (ج).

[استحلاف اليهودي والنصراني]

(ويحلف اليهودي[(١)] بالله الذي أنزل التوراة [أ/٣٠٩] على موسى، و) يحلف (النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام، و)يحلف (المجوسي)، وهو الذي يعبد النار، (بالله الذي خلق النار)؛ لأن اليهودي[(٢)] يعتقد نبوة موسى عليه السلام، وكون التوراة كلام الله تعالى، والنصراني يعتقد نبوة عيسى عليه السلام، ونزول الإنجيل عليه، فيُغلظ على كل منهما بذكر المنزل على نبيه، والمجوسي[(٣)] [يعتقد][(٤)] كون النار شفيعاً، ونافعاً، وضاراً له في الآخرة[(٥)]، وهكذا ذكر محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ في الأصل[(٦)].

وعن أبي حنيفة: إنه لا يحلف[(٧)] أحد إلا بالله عز وجل خالصاً؛ احترازاً عن إشراك غيره[(٨)] في التعظيم[(٩)] مع الله تعالى، وذكر الخصاف: أنه لا يستحلف غير اليهودي[(١٠)]، والنصراني إلا بالله سبحانه، وهو اختيار بعض مشايخنا؛ لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها بخلاف الكتابين، فإن كتب الله تعالى كلها واجبة التعظيم.

(والوثني) الذي يعبد التماثيل أو الكواكب[(١١)] ونحو ذلك من

---

(١) في (ج): (اليهود).
(٢) في (أ): (اليهود).
(٣) في (أ) و(ج): (والمجوس).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٦، والهداية: ١٥٨/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٤/٢، والجوهرة النيرة: ٢١٧/٢.
(٦) ينظر: المبسوط: ١٢٠/١٦.
(٧) في (ب): (لا يستحلف).
(٨) في (أ): (خيره).
(٩) في (أ): (تعظيم).
(١٠) في (أ): (اليهود).
(١١) في (ج): (والكواكب).

دون الله تعالى يُحلَّف (بالله) تعالى؛ وذلك لأن كل من[١] يعبد شيئاً، فإنما يعبده[٢] على اعتقاده الفاسد [أنه هو][٣] الإله، أو أنه يتوسل به [إلى][٤] الخالق، وَأَياً ما كان، فهو يُقر بربوبية الله ﷻ، فيحلف به، [وهذا][٥] [هو][٦] الوجه فيما روي عن أبي حنيفة (رَحِمَهُ ٱللَّهُ) آنفاً[٧]، ويؤيده قوله تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ﴾ [لقمان: ٢٥] **(ولا يحلفون)**؛ أي: هؤلاء المذكورين **(في معابدهم)**؛ أي: بيوت عبادتهم؛ لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك؛ ولأن ذلك يُشعر بتعظيمها، وهي وأهلها أحق بالإهانة.

(ويحلف) الجاحد **(على الحاصل)**؛ أي: على ما هو الواقع في نفس الأمر، وفصله بقوله: **(ففي البيع والنكاح)**؛ أي: لو ادعى البيع، أو الشراء، وأنكر الآخر، أو ادعى هو، أو هي النكاح، وأنكر المدعى عليه يحلف على هذا الوجه: **(بالله ما بينكما بيع قائم)** في الحال، **(أو)**: بالله ما بينكما **(نكاح قائم في الحال)**، ولا يستحلف بالله ما تبايعتما، أو بالله ما بعته، أو ما اشتريت منه؛ لأنه قد يقع البيع بينهما، ثم يتقايلان، فلو حلف على الوجه الثاني؛ يلزم الكذب، وكذلك في النكاح لا يستحلف بنحو: (ما وقع بينكما نكاح)؛ لأنه قد يطرأ عليه الخلع، أو الفسخ[٨].

(وفي) دعوى **(الطلاق)** من المرأة يستحلف الزوج: بالله **(ما هي بائن**

---

(١) في (ب): (ما).
(٢) في (ج): (يعبد).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: الهداية: ١٥٩/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٤/٢.
(٨) ينظر: الهداية: ١٥٩/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٥/٢، والجوهرة النيرة: ٢١٧/٢.

منك الآن) بالوجه الذي ادعته، أو بما ذكرت، ولا يستحلف: بالله ما طلقتها؛ لأن النكاح قد يجدد بعد الطلاق[١].

(وفي) دعوى (الغصب) يحلف الغاصب: بالله (ما يجب عليك رده)؛ أي: الشيء الذي يدعيه المغصوب منه؛ لأن الغاصب قد يشتري ما اغتصبه، أو يتملكه بهبة ونحوها[٢].

(وفي الوديعة) يحلف بالله: (ماله هذا الذي ادعاه في يدك وديعة، ولا شيء منه) على نحو ما في الغصب.

قوله: (ولا له قِبَلَكَ حق) هذا اللفظ يزاد[٣] للتأكيد بعد كل تحليف من الوجوه المذكورة احتياطاً؛ إذ عسى أن يكون الحق المدعى بعضاً مما ذكره[٤] المدعي، [أو يكون المدعي][٥] غير قادر على تقرير دعواه، فيحترز الحاكم عند اليمين بذلك[٦]، وقوله: (لا على السبب) عطف على قوله: يحلف على الحاصل؛ أي: في جميع الوجوه المذكورة يحلف على الحاصل، ولا يحلف على السبب.

قوله: (نحو: بالله ما بعته) تمثيل للتحليف على السبب؛ أي: لو [كانت][٧] الدعوى من المشتري، ولزم تحليف البائع؛ لا يحلف بالله ما بعته؛ لأنه لو حلف على هذا الوجه يتضرر بأن يكون باعه، ثم أقاله، أو فسخ البيع بوجه آخر.

وهذا [على][٨] قول أبي حنيفة، ومحمد (خلافاً لأبي يوسف)، فإنه

---

(١) ينظر: المصادر السابقة.
(٢) ينظر: الجوهرة النيرة: ٢/٢١٧.
(٣) في (ج): (يراد).
(٤) في (ج): (ذكر).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٢/١١٥.
(٧) في (ج): (كان).
(٨) سقط من: (ج).

يحلف عنده في جميع ذلك على السبب؛ لتكون اليمين على وفق الدعوى، وإنما هي على السبب إلا إذا عرَّض المدعى عليه برفع السبب الذي يدعيه المدعي: نحو أن يقول في دعوى البيع عند أمر القاضي له باليمين على السبب: إن الرَّجل قد يبيع، ثم يقيل[١]، أو نحو ذلك[٢]، فحينئذ لا يحلف على السبب عنده [أيضاً][٣]، وقال شمس الأئمة الحلواني: ينظر إلى إقرار المدعى عليه: إن أنكر [السبب يحلف عليه، وإن أنكر][٤] الحكم يحلف على الحاصل [في (الكافي) عليه أكثر القضاة.

وقال فخر الإسلام[٥]: إنه يفوض إلى رأي القاضي][٦]، **(فإن كان في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي)**؛ أي: لو كان بحيث يتضرر المدعى به **(حلف على السبب إجماعاً)**[٧]، وذلك **(كدعوى الشفعة بالجوار، ونفقة المبتوتة[٨]، والخصم من لا يراهما)**؛ أي: الشفعة، ونفقة المبتوتة بأن كان المشتري شافعي المذهب، ولا يرى جواز الشفعة، أو كان الزوج شافعي المذهب، ولا يرى للمطلقة[٩] المبتوتة نفقة، فلو حلف على الحاصل بالله ما هو يستحق الشفعة عليك، وحلف يصدق في معتقده،

---

(١) في (أ) و(ج): (يقال).
(٢) ينظر: الهداية: ١٥٩/٣.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) فخر الإسلام: الحسن بن علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم، القاضي أبو ثابت النسفي البزدوي، شيخ الحنفية علم ما وراء النهر، له تصانيف، ودرس بسمرقند (ت: ٤٨٢هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء: ٦٠٢/١٨ ـ ٦٠٣، والجواهر المضية: ٣٧٢/١، وتاج التراجم: ص٢٠٥.
(٦) من قوله: (في الكافي) إلى قوله: (القاضي) سقط من: (ب).
(٧) ينظر: الكفاية: ٣٩٦/٣.
(٨) المبتوتة: وهي المختلعة والمطلقة ثلاثاً أو تطليقةً بائنة، فعليها الحداد في عدتها. أما نفقة المبتوتة، فإن كانت حاملاً فلها السكنى والنفقة؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، ينظر: لسان العرب: ٧/٢، والمبسوط: ٥٨/٦، والحاوي الكبير: ٤٦٥/١١.
(٩) في (أ): (المطلقة)، وفي (ج): (لمطلقة).

فيفوت النظر في حق المدعى، فيحلف على السبب: بالله ما اشتريت هذه الدار مثلاً.

(وكذا في سبب لا يرتفع)؛ يعني: إذا وقعت الدعوى في سبب لا يرتفع بعد وقوعه برافع يحلف على السبب بالإجماع[١] (كعبد مُسْلم) بالتوصيف (يدعي العتق) على مولاه، وهو ينكره، فإن المولى يحلف على السبب بأن يقول: بالله ما أعتقت؛ لأنه لا ضرورة إلى التحليف [على الحاصل][٢]؛ لأن العبد المُسْلم إذا أُعتق؛ لا يتكرر عليه الرق، بخلاف [العبد][٣] (الكافر، والأمة) مطلقاً إذا ادعيا على المولى العتق، فيحلف المولى على الحاصل [فيهما][٤]: بالله ما هي حرة، أو ما هو حر في الحال؛ لأن السبب قد يرتفع [فيهما][٥] بتكرر[٦] الرق عليهما إذا لحق [العبد][٧] [الكافر][٨] بدار الحرب، ونقض العهد، أو ارتدت هي، ولحقت بدار الحرب ثم سبيا[٩].

(ومن ورث شيئاً، فادعاه آخر)، ولا بينة له (حلف) الوارث (على العلم)؛ أي: يستحلف أنه لا يعلم أنه للمدعي؛ لأن النقل إليه من مورثه بحسب الظاهر، ولا يدري بحاله ليحلف على البتات، (وإن شراه أو وهب له؛ فعلى البتات)؛ أي: القطع؛ يعني: لو كان مَلَك شيئاً بالشراء، أو بالهبة، ثم ادعاه آخر، فإنه يحلف حينئذٍ على البتات بأن يقول: بالله ليس هذا مِلْكاً [للمدعي][١٠]، فإنه مالك بسبب شرعي؛ لأن الشراء والهبة سبب

---

(١) من الواضح أنه إجماع أئمة المذهب. ينظر: الهداية: ١٥٩/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٥/٢.
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) سقط من: (أ) و(ج).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (ج): (بتكرار)
(٧) سقط من: (ب).
(٨) سقط من: (أ) و(ب).
(٩) في (أ): (سبياً). ينظر: الهداية: ١٥٩/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٥/٢.
(١٠) سقط من: (ج).

لثبوت المِلْك وضعاً، فوجد المُسَوغ لليمين، بخلاف الإرث، فإنه يثبت الخلافة، والخليفة لا يحلف على البتات.

(ولو افتدى المنكر يمينه)؛ أي: لو توجه عليه اليمين، فلم يحلف، وأعطى المدعي شيئاً [أ/٣١٠] عوضاً عن يمينه، (أو صالح عنها)؛ أي: عن[1] اليمين (على شيء) من قسم المال أو[2] غيره (صح) ذلك الافتداء، والصلح[3] (ولا يحلف بعده)؛ يعني: بعد كل واحد من الفداء، والصلح ليس للمدعى أن يستحلفه؛ لأنه أسقط خصومته بأخذ البدل منه، وكذا إن أقام بينة لا تقبل بينته بخلاف ما إذا اشترى يمينه بالمال حيث لا يجوز.

ثم الافتداء قد يكون بمال مثل المدعى به، وقد يكون بأقل منه، وأما الصلح منها، فإنما يكون على مال هو أقل من المدعى به غالباً[4].

❁ ❁ ❁

باب التحالف

هو تفاعل من الحلف، ووجه: إفرازه، وإفراده، وتأخيره عن اليمين ظاهر؛ لأنه يقتضي التعدد والمتعدد بعد المنفرد، وهو يجري في مواد كثيرة بين البائع والمشتري، وبين الآجر والمستأجر، وبين الزوجين، وغير ذلك، إذا وقع الاختلاف بين الاثنين؛ يجعل سبباً لفسخ العقد بينهما كما سيجيء إن شاء الله تعالى.

(ولو اختلفا)؛ أي: المتبايعان (في قَدْر الثمن) بأن ادعى المشتري

(١) في (ب): (على).
(٢) في (أ): (لا).
(٣) ينظر: الهداية: ٣/١٦٠، والعناية شرح الهداية: ٨/٢١٠.
(٤) ينظر: العناية شرح الهداية: ٨/٢٠٣ ـ ٢٠٤.

ثمناً أقل، والبائع ثمناً أكثر منه، (أو) في قَدْر (المبيع) بأن اعترف البائع بقليل من المبيع، وادعى المشتري أكثر منه، (أو فيهما)؛ أي: في قَدْر الثمن والمبيع معاً، كما إذا قال البائع: بعتك هذا الشيء بعشرة، وقال المشتري: لا بل بعتني هذا، وذاك[١] بخمسة، ففي كل هذه الصور (حكم لمن برهن)؛ أي: أيهما أقام البينة على ما ادعاه حكم [له][٢] بها؛ لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى، والبينة أقوى منها[٣]، (وإن برهنا)؛ أي: أقام كل واحد منهما البينة على ما ادعاه، وعدلتا معاً.

(وللمثبت الزيادة)؛ [أي][٤]: أن يحكم لمثبت الزيادة؛ إذ البينة [بينة][٥] مثبت الزيادة؛ لأن البينات إنما وضعت للإثبات[٦]، ولا تعارض بينهما في إثبات الزيادة، وإذا [ثبتت][٧] الزيادة بإحدى البينتين ثبت باقي الحق بها؛ لأن البينتين إذا تعارضتا، فلا بدَّ أن يطلب لأحديهما جهة رجحان؛ ليحكم بها؛ إذ الإعمال خير من الإهمال[٨]، ولما أثبتت إحدى البينتين الزيادة [يحكم بها][٩][١٠][١١].

(وإن عجزا)؛ [أي][١٢]: المتبايعان (عن البرهان) سواء كان الاختلاف في قَدْر الثمن، أو في قدر المبيع، أو فيهما معاً، فقوله:

---

(١) في (ب): (وذلك).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الهداية: ١٦٠/٣، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: ٣٣٩/٢.
(٤) سقط من: (أ).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ب): (الإثبات).
(٧) في (ج): (ثبت).
(٨) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص١١٤.
(٩) سقط من: (أ) و(ج).
(١٠) زيد في (أ) و(ج): (ترجحت بذلك على الأخرى).
(١١) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٧، والجوهرة النيرة: ٢٢٠/٢، واللباب في شرح الكتاب: ٣٦٩/١.
(١٢) سقط من: (أ).

إن عجزا[١] يرجع إلى الصور الثلاث، **(قيل[٢] لهما)**؛ أي: يقول القاضي لهما: **(إما أن يرضى[٣] أحدكما بدعوى الآخر وإلا فسخنا البيع)** بينكما؛ لأن الغرض من حكم القاضي قطع المنازعة بين الخصوم، وهذا طريق إليه؛ لأنه ربما لا يرضيان [بالفسخ، فإذا تيقنا به من[٤] الحاكم يتراضيان][٥]، فيجب أن لا يعجل القاضي بالفسخ حتى يسأل[٦] كلاًّ منهما بما يختاره.

(فإن لم يرضَ أحدهما بدعوى الآخر)؛ [أي][٧]: بعد ما قيل لكل واحد منهما: إما أن يرضى أحدكما[٨] بدعوى الآخر، وإلا فسخنا البيع **(تحالفا)**؛ أي: يستحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر[٩].

أصله: أن التحالف قبل القبض[١٠] حال قيام السلعة على وفق القياس؛ لأن البائع يدعي المشتري زيادة الثمن والمشتري ينكر، والمشتري يدعي على البائع وجوب تسليم المبيع بما ادعاه ثمناً، والبائع ينكره، فكان كل منهما منكراً، وتحليف[١١] المنكر موافق للقياس[١٢]، أما التحالف بعد القبض؛ فعلى خلاف القياس عند الشيخين؛ لأن المبيع سُلِّمَ[١٣] إلى

---

(١) في (ج): (عجز).
(٢) في (أ): (قبل).
(٣) في (أ) و(ج): (ترضى).
(٤) في (أ): (في).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (ج): (سأل).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (ب): (أحدهما).
(٩) في (أ): (للآخر).
(١٠) زيد في (أ) و(ج) ـ في هذا الموضع ـ : (القيل).
(١١) في (ج): (أو تحليف).
(١٢) ينظر: الهداية: ٣/١٦٠.
(١٣) في (أ) و(ج): (مسلَّم).

المشتري، فلا يكون مدعياً [على البائع][1][2] شيئاً، فبقي دعوى البائع على المشتري في زيادة الثمن، وهو ينكر، فيكتفي بحلفه، وإنما يثبت التحالف بعد القبض؛ لقوله ﷺ: «**إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة بعينها؛ تحالفا وترادا**[3]»، وقوله ﷺ: «**وترادا**» يدل على أن الاختلاف المذكور بعد القبض؛ إذ لا يُتصور الرد بدونه[4].

(**وبدئ**) القاضي في بيع العين بالدَّين (**بيمين المشتري**) في الصور الثلاث، وهذا[5] قول محمد أولاً، ولأبي يوسف آخراً[6]، وهو رواية أيضاً عن أبي حنيفة، وهو الصحيح؛ لأن المشتري أقواهما إنكاراً؛ لأنه المطالب أولاً بالثمن، فيكون [هو][7] البادئ بالإنكار، فيبدأ بيمينه[8]، (**وفي المقايضة**)؛ أي: إذا كان اختلافهما في بيع عين بعين، أو دَين بدَين[9]، وهو المقايضة، [أو][10] في بيع ثمن بثمن؛ وهو الصرف ـ والمسألة بحالها ـ يبدأ القاضي (**بأيهما شاء**)؛ لاستوائهما في فائدة النكول؛ لأن كلّاً منهما يُعد[11] بائعاً ومشترياً، فبأيهما بدئ يكون

---

(١) سقط من: (أ) و(ج).

(٢) زيد في (أ) و(ج) ـ في هذا الموضع ـ : (عليه).

(٣) روى مالك في الموطأ بلاغاً أن ابن مسعود ﷺ كان يحدث أن رسول الله ﷺ قال: «**أيما بيّعين تبايعا فالقول ما قاله البائع أو يترادان**» الموطأ برواية محمد بن الحسن: ١٠٧/٤، والحديث له طرق مختلفة بمجموعها يكون حسناً كما قال الزيلعي وغيره، ينظر: نصب الراية: ١٠٥/٤، الدراية: ١٧٨/٢، وقال ابن الملقن: (وإن كانت هذه الأحاديث لا تثبت من جهة الإسناد، ولكنها لما تلقتها الكافة عن الكافة غنوا بصحتها عندهم عن طالب الإسناد لها) تذكرة المحتاج: ص١٠٩.

(٤) ينظر: الهداية: ١٦٠/٣.

(٥) في (ب): (هذا).

(٦) في (ج): (آخر).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) ينظر: الهداية: ١٦٠/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١٢٠/٢.

(٩) زيد في (أ) و(ج) ـ في هذا الموضع ـ : (أو دَين بدَين).

(١٠) سقط من: (أ).

(١١) في (أ): (بعد).

جائزاً[١].

❊ ❊ ❊

[صفة التحليف]

وصفة التحليف[٢]: أن يقول البائع: والله ما بعته بألف، ويقول المشتري: بالله ما اشتريته بألفين مثلاً، فيقتصر على النفي.

والضمير المستتر في قوله: (شاء) يحتمل أن يعود إلى (أي)، وهو الأقرب، وإلى القاضي، وهو بعيد[٣].

(ومن نكل) منهما عن اليمين؛ **(لزمه دعوى صاحبه)**؛ لأنه صار بذلك باذلاً، أو مقرّاً بما يدعيه الآخر، فلم يبقَ معارضاً له، **(وإن حلفا فسخ القاضي البيع)** بينهما، لكن **(بطلب أحدهما)**، فبطلبهما أولى بالطريق، وهذا التقدير يدل على أن البيع لا ينفسخ بمجرد التحالف؛ لأنهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما، فبقي البيع بثمن مجهول، فيفسخه القاضي [قطعاً][٤] للمنازعة بينهما، **(ولا تحالف لو اختلفا في الأجل)**؛ أي: في أجل الثمن سواء كان في أصله، أو قَدْره.

وقال زفر، والشافعي: يتحالفان في اختلاف[٥] الأجل[٦]، **(أو)** اختلفا في **(شرط الخيار)** سواء اختلفا في أصله، **(أو)** في مدته، أو اختلفا في **(قبض بعض الثمن)**، أو قبض كله، أو في أصل المبيع[٧]، أو في

---

(١) الاختيار لتعليل المختار: ١٢٠/٢.
(٢) في (أ): (التحلف).
(٣) ينظر: الهداية: ١٦١/٣.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (أ) و(ج): (الاختلاف).
(٦) ينظر: الحاوي الكبير: ٢٩٩/٥، ونهاية المطلب في دراية المذهب: ٣٣٢/٥.
(٧) في (أ) و(ب): (البيع).

الحط والإبراء، أو في مكان تسليم السلم[(١)] فيه؛ لأنهما اتفقا على المعقود عليه، والمعقود به[(٢)]، واختلفا في أمر زائد، فلم يدخل في موجب الحديث كما مر[(٣)]، والتقييد ببعض الثمن اتفاقي؛ لأنه لو اختلفا في استيفاء كل الثمن، فالحكم كذلك.

(وحلف المنكر) منهما فقط؛ أعني: يكون القول لمنكر الأجل، ولمنكر الخيار، ولمنكر قبض الثمن مع يمينه؛ لأنهما يثبتان بعارض الشرط، والقول لمنكر العوارض[(٤)] مع يمينه؛ لأنه يتمسك بالأصل؛ إذ الأصل عدم العوارض، **(ولا)** تحالف ـ عند الشيخين ـ إذا[(٥)] اختلفا في قَدْر الثمن، [هذا إذا كان الثمن][(٦)] دَيناً، فإن كان عيناً يتحالفان كذا في الهداية **(بعد هلاك المبيع)** في يد المشتري.

(وحلف المشتري) وحده، فيكون القول له، **(وعند محمد: يتحالفان)** في قَدْر الثمن، **(ويفسخ)** البيع، **(وتلزم القيمة)** على المشتري؛ يعني: قيمة الهالك[(٧)] إن كان قيمياً[(٨)]، والمثل إن مثلياً، وهو قول الشافعي[(٩)].

(وكذا الخلاف) بين الشيخين [٣١١/أ] ومحمد مع الشافعي **(لو تعذر الرد)** في المبيع، **(وهو قائم)** في يد المشتري بأن تعيب بعيب حادث

---

(١) في (أ) و(ج): (المسلم).

(٢) في (ج): (المقصود عليه والمقصود به).

(٣) ينظر: مختصر القدوري ص٢١٧، والهداية: ١٦١/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢٠/٢، الجوهرة النيرة: ٢٢١/٢.

(٤) أي: كل ما عارض الأصل. ينظر: البناية شرح الهداية: ٣٥٧/٩.

(٥) في (أ): (إذ).

(٦) سقط من: (ب).

(٧) في (أ) و(ج): (الهلاك).

(٨) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٧، والهداية: ١٦١/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢١/٢.

(٩) ينظر: المجموع شرح المهذب: ٧٣/١٣.

عنده، أو زاد زيادة متصلة، أو منفصلة، أو خرج عن مِلْكه ببيع أو هبة أو نحو ذلك.

لمحمد: إن كل واحد من المتبايعين يدعي [عقداً][١] غير العقد الذي يدعيه الآخر، والآخر ينكره، والتحالف يفيد [دفع][٢] زيادة الثمن عن المشتري لو نكل البائع، ودفع المشتري الزيادة المذكورة على تقدير نكوله إلى البائع، فيتحالفان.

ولهما: إن التحالف بعد القبض على خلاف القياس كما ذكرنا، وإنما ورد الشرع [به][٣] في حال قيام السلعة، والتحالف حينئذ يفضي إلى الفسخ، ولا كذلك بعد هلاكها؛ لارتفاع العقد، فلم يكن في معناه ليقاس عليه.

قوله[٤]: **(ولا بعد هلاك بعضه)** معطوف على قوله: (لو اختلفا في الأجل)؛ أي: لا يتحالفان بعد هلاك بعض المبيع **(إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك)**؛ أي: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً، ويجعله كأن لم يكن، والعقد كأنه على القائم فقط، فيكون الثمن كله بمقابلة القائم، فيتحالفان حينئذ، وهذا عند أبي حنيفة: **(وعندهما: يتحالفان)** على وفق ما سبق[٥].

(ويرد الباقي) من المبيع إلى البائع، **(والقول للمشتري في حصة الهالك[٦] عند أبي يوسف)**؛ لأنه بانفساخ العقد فيهما صار الهالك كالأمانة في يد المشتري، والقول له في قيمته مع يمينه، **(وتلزم)** المشتري **(قيمته**

---

(١) سقط من: (أ) و(ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٧ ـ ٢١٨، والهداية: ١٦١/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢١/٢.
(٥) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٨، والاختيار لتعليل المختار: ١٢١/٢، والجوهرة النيرة: ٢٢١/٢.
(٦) في (ج): (الهلاك).

عند محمد) بأن يوزع القيمة على الباقي والهالك، وتسقط عنه حصة الباقي برده[١] على البائع، وتلزمه حصة الهالك، وهي مراد المصنِّف من القيمة، ولو عبر بالحصة كالأول؛ لكان أولى، لكنه قصد التفنن، والعبرة للمعاني.

[قوله][٢]: (وتُعتبر قيمتهما في الانقسام) ليس في كلامه ما يدل على مرجع ضمير التثنية، وإنما ذاك في الهداية حيث صورها في عبدين[٣] (يوم القبض) بيان لإجمال قوله قبله: (وتلزمه قيمته)؛ يعني: أنه على قول محمد ينظر إلى قيمة القائم، والهالك من المبيع يوم قبض المشتري إياه، فما قابل الهالك من تلك القيمة يلزم المشتري رده إلى البائع[٤].

(وإن اختلفا في قيمة الهالك فيه)؛ أي: في يوم القبض، (فالقول في ذلك (للبائع) مع يمينه؛ لأن المبيع ملكه، فهو أعلم بقيمته، فيرجع في بيانها إليه، (وإن برهنا)؛ أي: لو أقام كل من البائع، والمشتري بينة على قيمته يوم القبض، (فبرهانه أولى)؛ أي: تُقبل بينة البائع كما يُقبل قوله؛ لأنه مدع ظاهراً، ومدَّعًى عليه حقيقة، فبالنظر إلى الأول تُقبل بينته، وبالنظر إلى الثاني يُقبل قوله مع يمينه، ولم يذكر المصنِّف ما إذا برهن أحدهما فقط؛ لأنه معلوم، وقد سبق بيانه مراراً أنه يحكم له؛ لأنه لم يبقَ في الجانب الآخر إلا مجرد الدعوى، وهي لا تقاوم البرهان[٥].

(وإن اختلفا)؛ أي: المتبايعان (في قَدْر الثمن بعد إقالة البيع)؛ أي: تبايعا[٦] شيئاً، ثم تقايلا[٧] بعد التقابض[٨]، ولزم رد الثمن إلى المشتري؛

---

(١) في (ج): (يرده).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) (وإن هلك أحد العبدين، ثم اختلفا في الثمن؛ لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك من الثمن). الهداية: ٣/١٦٢.
(٤) ينظر: الهداية: ٣/١٦٢ ـ ١٦٣، والاختيار لتعليل المختار: ٢/١٢١.
(٥) ينظر: الهداية: ٣/١٦٣.
(٦) زيد في (ب) ـ في هذا الموضع ـ (أي).
(٧) في (أ): (تقابلا).
(٨) في (أ) و(ج): (القبض).

فالبائع يقول: الثمن عشرة مثلاً، والمشتري يقول: كان أكثر كعشرين مثلاً (**تحالفا**) إذا لم تكن [لهما][١] بينة، وعاد البيع؛ لبطلان الإقالة (**إن لم يقبض البائع المبيع**) بعد، وهذا التحالف وارد على أصل القياس؛ لما مر، فهو ثابت بالقياس لا بالنص الذي تقدم بيانه؛ لأن النص المذكور ورد في البيع المطلق، والإقالة إنما هي فسخ في حق المتعاقدين[٢]، فلا يجري فيها، وإنما جرى في البيع على ما سبق بيانه؛ لأن كل واحد منهما منكر، واليمين على المنكر[٣].

(**وإن قبضه، فلا تحالف**)؛ أي: إن كان البائع قبض المبيع؛ أي: استرده من المشتري بحكم الإقالة المفروضة لا يتحالفان عند الشيخين (**خلافاً لمحمد**)، فإنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً.

(و)لو (**في قَدْر رأس المال بعد إقالة السَّلم**)؛ أي: لو أسلم رَجل عشرة دراهم لآخر في كر حنطة، ثم تقايلا[٤] السلم، وبعد الإقالة اختلفا في مقدار رأس المال، فقال المسلّم إليه: أعطيتني عشرة دراهم فخذها، وقال رب المال: بل هي عشرون، (**فالقول للمسلم إليه فيه**)؛ أي: في رأس المال؛ لأن رب السلم يدعي على المسلم إليه زيادة، وهو ينكر فالقول له مع يمينه إلا أن يبرهن رب السَّلم على العشرين، (**ولا يعود السَّلم**) كما في البيع؛ لأن الإقالة في السَّلم إسقاط الدَّين، والساقط لا يعود[٥]، بخلاف الإقالة في البيع؛ لأن المعقود عليه في البيع باقٍ بعد الإقالة، فإذا بطلت عاد البيع[٦].

❊ ❊ ❊

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) في (ب): (المعاقدين).

(٣) ينظر: الهداية: ١٦٣/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١٢٢/٢.

(٤) في (أ): (تقابل).

(٥) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٢٧٤.

(٦) ينظر: الهداية: ١٦٣/٣.

[كيفية التحالف في دعاوى الإجارة]

(ولو اختلفا في قَدْر الأجرة) بأن قال المستأجر: هي عشرة، وقال المؤجر: بل عشرون، (أو في المنفعة) بأن قال المؤجر: مدة الإجارة شهر، وقال المستأجر: مدتها شهران، (أو فيهما)؛ [أي][١]: أما في قَدْر الأجرة، والمنفعة معاً بأن قال المستأجر: استأجرت هذه الدار شهرين بعشرة مثلاً، وقال المؤجر: بل أجرتك شهراً[٢] بعشرين، وكان ذلك (قبل استيفاء المنفعة؛ تحالفا) على وفق ما في البيع، (وترادا)؛ وذلك لأن الإجارة تشبه[٣] البيع، والتحالف في البيع قبل القبض جاز على القياس، فالإجارة[٤] قبل استيفاء المنفعة نظيره[٥].

(وبدئ بيمين المستأجر إن اختلفا في الأجرة)؛ لأنه منكر لوجوبها، (وبيمين المؤجر)؛ أي: يبدأ بتحليفه (لو) كان اختلافهما (في المنفعة)؛ لأنه ينكر بعضها، (وأيهما نكل) عن اليمين (لزمه دعوى الآخر، وأيهما برهن) وحده (قبل) برهانه؛ لأنه أقوى من مجرد الدعوى.

(وإن برهنا) معاً بأن أقام كل منهما بينة[٦] على ما ادعاه، (فحجة المستأجر) [تُقبل][٧] في المنفعة، وحجة المؤجر تقبل (في الأجرة) نظراً إلى زيادة الإثبات، وأيهما قبلت تلغى الأخرى، ففي الصورة التي قررناها يقضى للمستأجر شهرين بعشرة، وللمؤجر عشرين بشهر، (وبعد استيفاء

(١) سقط من: (أ).
(٢) في (ب): (شهر).
(٣) في (ج): (شبه).
(٤) في (أ): (فلا إجارة).
(٥) في (ج): (نظير). ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٨، والهداية: ١٦٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢٢/٢.
(٦) في (ب): (ثبت).
(٧) سقط من: (أ).

المنفعة) إذا تحالفا لا[(١)] يتحالفان في شيء من الصور الثلاثة؛ لأن التحالف لفائدة الفسخ، وإذا استوفى المنافع، لا يمكن فسخ[(٢)] [العقد][(٣)] [فيها][(٤)] كما لا يمكن بعد هلاك المبيع، **(والقول للمستأجر)** مع يمينه؛ لأنه منكر للزيادة[(٥)].

(وبعد استيفاء البعض يتحالفان)؛ أي: لو اختلفا بعد استيفاء شيء من المنفعة تحالفا[(٦)]، **(وتفسخ)** الإجارة **(فيما بقي)** من المنافع؛ لأن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة، فكأنها تنعقد [أ/٣١٢] بعقود مختلفة، فيصير في كل جزء من المنفعة كأنهما ابتدأ العقد عليهما[(٧)]، ففيما بقي يتحالفان لا فيما مضى بخلاف البيع؛ لأن العقد فيه يصدر دفعة واحدة، فإذا تعذر الفسخ في البعض تعذر في الكل، **(والقول للمستأجر فيما مضى)**؛ أي: يصدق المستأجر فيما استوفى من المنافع سابقاً مع يمينه؛ لأنه منكر زيادة الأجر[(٨)].

(وإن اختلفا)؛ أي: المولى، ومكاتبه **(في قَدْر بدل الكتابة)**، فادعى المولى قَدْراً أكثر، واعترف المكاتب بأقل منه، أو ادعى المولى نوعاً من المال، والمكاتب غيره **(لايتحالفان، والقول للعبد)** عند أبي حنيفة، **(وقالا: يتحالفان)** على الرسم السابق، **(وتفسخ)** الكتابة[(٩)]، وهو قول الشافعي؛ لأنهما اختلفا في عقد يقبل الفسخ؛ لأن كل واحد منهما

---

(١) في (أ): (إلا).

(٢) في (أ) و(ج): (الفسخ).

(٣) سقط من: (أ) و(ج).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) في (ب): (الزيادة).

(٦) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٨، والهداية: ١٦٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢٢/٢.

(٧) في (ب) و(ج): (عليها).

(٨) ينظر: الهداية: ١٦٥/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢٢/٢، والجوهرة النيرة: ٢٢٢/٢.

(٩) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٥٠٤/٨.

مدعي[١] ومنكر، فالمولى يدعي على العبد زيادة البدل وهو ينكر، وهو يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القَدْر الذي يدعيه، والمولى ينكر، فيتحالفان.

ولأبي حنيفة: إن التحالف في المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة، وبدل الكتابة غير لازم؛ لأن له أن يدفعه عن نَفْسه بالعجز، فلا يتحالفان، ويكون القول للعبد مع يمينه في إنكاره[٢] الزيادة والنفاسة[٣].

❊ ❊ ❊

[كيفية التحالف في دعاوى الاختلاف بين الزوجين]

(وإن اختلف الزوجان) [سواء كان النكاح قائماً بينهما، أو لم يكن][٤] (في متاع البيت) الموجود فيه حال اختلافهما، ولا بينة لواحد منهما، (فالقول لها) مع يمينها (فيما صلح لها): كالدرع[٥]، والخمار، وثياب النساء، وحليهن: كالسوار، والخلخال[٦] ونحو ذلك؛ لأن الظاهر شاهد لها بذلك [في (الكفاية)][٧]: إلا أن يكون صانعاً أو يبيع[٨] ما صلح للنساء.

---

(١) في (ب) و(ج): (مدع).
(٢) في (أ) و(ج): (إنكار).
(٣) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٨، الهداية: ١٦٥/٣.
(٤) قوله: (سواء كان النكاح قائماً بينهما، أو لم يكن) سقط من: (ب).
(٥) الدرع: هنا معناه درع المرأة: ثوبٌ صغير تلبسه المرأة في بيتها، مذكرٌ، وقد يؤنث. ينظر: المنجد في اللغة: ٩٨/١، وجمهرة اللغة: ٦٣١/٢ مادة (درع).
(٦) الخلخال: من الحلي: ما تتخلخل به الجارية أو الذي تلبسه المرأة. ينظر: العين: ١٤٢/٤، جمهرة اللغة: ١٩٠/١.
(٧) سقط من: (ب).
(٨) في (ب): (ويبيع).

و(**له**)؛ أي: القول للرجل مع يمينه (**فيما صلح له**) إلا إذا كانت صانعة، أو تبيع ما صلح للرجال: كالعمامة، والقلنسوة[١]، والقباء[٢]، والسلاح، وآلات الزرع[٣]، والكتب ونحو ذلك؛ لأن الظاهر يشهد بأن ذلك كله للرَّجل.

(**أو لهما**)[٤]؛ أي: القول للرَّجل مع يمينه فيما صلح للزوجين: كالأواني، والفراش، والرقيق، والمنزل، والعقار، والنقود، والمواشي، وسائر ما يحتاج إليه الرِّجال، والنساء[٥]؛ لأن المرأة، وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد، بخلاف ما يختص بالمرأة؛ لأن لها ظاهراً آخر أظهر؛ أعني: أقوى من اليد، وهو يد الاستعمال، فتعارضتا، فرجحنا قولها، وإذا[٦] تعارض الظاهر أن يرجح الأقوى منهما[٧].

(**وبعد موت أحدهما**)؛ أي: إذا مات أحد الزوجين، فاختلف ورثته مع الحي في متاع البيت، ولم يكن في أحد الجانبين برهان كالأول؛ فهو كذلك إلا أن (**القول في المحتمل**)؛ أي: ما يصلح[٨] لهما من متاع البيت، فهو (**للحي**) منهما إذا ادعاه مع يمينه؛ لأن اليد إنما هي للحي، (**وعند أبي يوسف كذلك**)؛ يعني: هو للحي، [لكن][٩] (**في الزائد على جهاز مثلها**)؛ أي: لا تصدق المرأة، أو ورثتها من ذلك فيما زاد على جهاز مثلها بل هو للزوج، أو لورثته مع اليمين؛ لقوة يد الزوج على يدها.

---

(١) القلنسوة: من ملابس الرؤوس. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: ٢٣٣/٦، ولسان العرب: ١٨١/٦.
(٢) القباء: جمع الأقبية الذي يلبس، وتقبيت قباء: إذا لبسته. ينظر: الصحاح: ٤٥٨/٦، والمخصص: ٣٩٤/١.
(٣) في (أ): (والآلات والزرع).
(٤) في (ب): (ولهما).
(٥) ينظر: المبسوط: ٢١٣/٥، ومختصر القدوري: ص٢١٨، والهداية: ١٦٥/٣.
(٦) في (ج): (إذا).
(٧) ينظر: المبسوط: ٢١٣/٥، مختصر القدوري: ص٢١٨، والهداية: ١٦٥/٣.
(٨) في (ج): (صلح).
(٩) سقط من: (ب).

(وفي) مقدار (جهاز مثلها) القول (لها، أو لورثتها)؛ لأن الظاهر أن المرأة تأتي إلى الزوج بجهازها، وهذا[١] الظاهر أقوى[٢] من ظاهر الزوج، فيبطل به، وأما في الزائد على جهازها، فلا معارض؛ لظاهر الزوج فيه، فيعتبر[٣]، ويحكم له به، ولا فرق في الصورتين بين الموت، والطلاق؛ لقيام الورثة مقام مورثهم، (وعند محمد) القول في المحتمل (للرجل) إن كان حياً، (أو لورثته) بعد موته[٤] وقال مالك، والشافعي، وزفر: ينصف بينهما[٥]، وقال ابن أبي ليلى: الكل للرَّجل، ولها ثياب بدنها، وقال الحسن البصري[٦]: الكل لها، وله ثياب بدنه هذا إذا كانا حرين[٧].

(وإذا[٨] كان أحدهما)؛ أي: أحد الزوجين (مملوكاً) محجوراً كان أو غيره، واختلفا في متاع البيت، (فالكل للحُر) إذا كان الاختلاف (في الحياة)؛ أي: حياة الزوجين سواء كان النكاح قائماً بينهما أو لا؛ لأن يد الحر أقوى، فلا تعارضه يد المملوك؛ لأنه لا يد[٩] له على نفسه فضلاً عن أن يكون على المتاع.

(و)الكل (للحي) منهما حراً كان، أو غيره إذا كان الاختلاف (في) حالة (الموت)؛ أي: موت أحدهما؛ لأن الميت[١٠] لا يد[١١] له، فخلت

---

(١) في (ج): (وبعد).
(٢) في (أ): (أقول).
(٣) في (ج): (فيعبر).
(٤) ينظر: المبسوط: ٢١٤/٥، مختصر القدوري: ص٢١٨، والهداية: ١٦٥/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢٣/٢.
(٥) ينظر: الأم: ١٠٣/٥، ومختصر المزني: ٤٢٧/٨، ومختصر اختلاف العلماء: ٣٤٦/٢، والتلقين: ٢١٥/٢، والمعونة على مذهب عالم المدينة: ١٥٧٥/١، والمبسوط: ٢١٤/٥.
(٦) ينظر: خليج البحار: ص٨٤٥.
(٧) ينظر: المبسوط: ٢١٤/٥، وبدائع الصنائع: ٣٠٩/٢.
(٨) في (ب): (وإن).
(٩) في (أ): (لا بد).
(١٠) في (ب): (المبيت)
(١١) في (أ): (لا بد).

يد الحي عن المعارض، فيُحكم له به مع يمينه، والقول بأن الكل بعد الموت للحي مذكور في عامة الكتب[(١)]، وذكر السرخسي في شرح الجامع الصغير: أنه سهو، ورواية محمد، والزعفراني[(٢)]: أنه للحر منهما[(٣)] ـ بالراء ـ، ويوافقه أكثر نسخ فخر الإسلام [كذا][(٤)] في الكفاية، وغيرها.

(وقالا: المأذون، والمكاتب) في هذه الصورة (كالحر)؛ لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات، فإذا كان أحد الزوجين حُراً، والآخر[(٥)] عبداً مأذوناً، أو مكاتباً، فحكمهما في سائر ما ذكر كحكم الزوجين الحُرين [حياةً][(٦)]، وموتاً، وطلاقاً[(٧)].

❁ ❁ ❁

فصل
في بيان من يكون خصماً ومن لا يكون؟

وبخمسة[(٨)] كتاب الدعوى المشهورة، وإنما سُميت[(٩)] بذلك؛

(١) ينظر: الهداية: ٣/١٦٥، والاختيار لتعليل المختار: ٢/١٢٣.

(٢) الزعفراني: محمد بن أحمد بن أحمد بن محمد بن عبدوس بن كامل يعرف بالزعفراني (ت: ٣٩٣هـ). ينظر: تاريخ بغداد: ٢/٨٢، والجواهر المضية: ٢/٦، وميزان الاعتدال: ١/١٥٢.

(٣) ينظر: البناية شرح الهداية: ٩/٣٧٥.

(٤) سقط من: (ب). ينظر: الكفاية شرح الهداية: ص٤١٢.

(٥) في (ج): (أو الأخر).

(٦) في (ج): (حياتاً).

(٧) ينظر: المبسوط: ٥/٢١٥، الاختيار لتعليل المختار: ٢/١٢٤، درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢/٣٤٣.

(٨) في (ب): (ولخمسة)، وفي (ج): (ومخمسة).

(٩) في (ب): (سميته).

لاشتمالها[١] على خمس صور، أو لأن فيها [خمسة][٢] أقوال لخمسة[٣] من المشايخ المجتهدين[٤].

فإذا ادعى مدعٍ آخر شيئاً، (وقال ذو اليد) في جوابه: (هذا الشيء) الذي تدعيه (أودعنيه فلان الغائب)؛ يعني: وضعه عندي وديعة، (أو أعارنيه)؛ أي: أخذته منه عارية، (أو آجرنيه)؛ أي: استأجرته[٥] [منه][٦]، (أو رَهَنَنِيهِ)؛ أي: وضعه [عندي][٧] رهناً على كذا، (أو غصبته منه)؛ أي: أخذته منه على سبيل الغصب، (وبرهن على ذلك)؛ أي: أقام البينة على ما ادعاه، أو برهن على أن المدعي أقر أنه لفلان؛ (اندفعت خصومة المدعي) عنه؛ لأنه أثبت أن يده في ذلك الشيء ليست بيد خصومة، فلم تبقَ بينه وبين المدعي خصومة في هذه الصور الخمس.

والمراد من الغصب: ما قبل الضمان[٨]، وأما بعده، فيصير مِلْك ذي اليد، فتكون حينئذ يده يد خصومة؛ وذلك لأن غير المالك لا يكون خصماً، فلا تسمع الدعوى عليه، وقال ابن أبي ليلى ـ وهو قاض الكوفة ـ: تندفع عنه الخصومة ولو لم يقم البينة على قوله؛ لأنه أقر على نفسه، والمرء غير متهم فيما يقر به على نفسه، قلنا: هو خصم بظاهر اليد، ويريد أن يحول ذلك عن[٩] نَفْسه، فلا يصدق بلا برهان.

---

(١) في (أ) و(ج): (لاشمالها).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) قوله: (خمسة أقوال بخمسة) زيدت في (ب).
(٤) تسمى المخمسة؛ لأن فيها خمسة أوجه؛ لأن ذا اليد قال: هذه وديعة، أو عارية، أو إجارة، أو رهن، أو غصب، أو تسمى بخمسة؛ لأن فيها خمسة أقوال، وهم علماؤنا الثلاثة (رحمهم الله تعالى)، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة. ينظر: البناية شرح الهداية: ٩/٣٧٩.
(٥) في (ج): (استأجرت).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) سقط من: (ب).
(٨) ينظر: الهداية: ٣/١٦٦.
(٩) في (أ): (على).

وقال ابن شبرمة[١] ـ وهو قاضي بغداد ـ [أ/٣١٣]: لا تندفع عنه الخصومة[٢]، وإن أقام البينة على ذلك؛ لأن إثبات المِلْك للغائب متعذر، ودفع الخصومة عن ذي اليد مبنيّ عليه[٣].

وقلنا: مقتضى البينة ههنا شيئان: أحدهما: ثبوت المِلْك للغائب، وحيث لا خصم فيه، فلا يثبت.

وثانيهما: اندفاع خصومة المدعي، وهو خصم فيه، فيثبت، **(وقال أبو يوسف فيمن عرف بالحيل: لا تندفع)**؛ يعني: لو كان المدعى عليه ممن عرف بالحيل، واشتهر[٤] بالدعاوى الباطلة، لا يُقبل قوله، ولا تندفع عنه الدعوى [بالبينة، [ثم][٥] رجع إليه حين ابتلي بالقضاء، وعرف أحوال الناس][٦]، **(وبه يؤخذ)**؛ أي: بهذا القول يُفتى ويُحكم؛ لأن المحتال من الناس قد يأخذ مال إنسان غصباً، ثم يدفعه سراً إلى مريد سفر، ويُودعه [إليه يقول له: أودِعهُ عندي عند شهود][٧] بشهادة الشهود حتى إذا جاء المالك، وأراد أن يثبت مِلْكه فيه أقام ذو اليد بينة على أن فلاناً أودعه، فيكون ذلك سبباً لإبطال حق الغير، فإذا اتهمه القاضي لا يُقبل قوله[٨].

---

(١) هو عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان، أبو شبرمة، الضبي، الكوفي، القاضي، فقيه أهل الكوفة (ت: ١٤٤هـ). ينظر: طبقات الفقهاء: ص٨٤، وتاريخ الإسلام: ٩٠٦/٣، وتهذيب التهذيب: ٢٥٠/٥.

(٢) ينظر: مختصر اختلاف العلماء: ٣٨٦/٣.

(٣) ينظر: الهداية: ١٦٦/٣، والعناية شرح الهداية: ٢٣٩/٨.

(٤) في (ج): (والشهر).

(٥) ثم: زيدت لاستقامة العبارة. ينظر: درر الحكام: ٣٤٣/٢.

(٦) من قوله: (بالبينة رجع إليه حين) إلى قوله: (الناس) سقط من: (ب)، قال السرخسي: إن كان ذو اليد معروفاً بالحيل لم تندفع الخصومة عنه بإقامة البينة، وإن كان صالحاً.

(٧) سقط من: (أ) و(ج).

(٨) ينظر: المحيط البرهاني: ٢٠١/٩، والهداية: ١٦٦/٣.

(وإن قال الشهود)؛ أي: شهود من قال: هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب **(أودعه من لا نعرفه)**، لا باسمه، [ولا برسمه][(١)]؛ **(لا تندفع)** الخصومة عنه بتلك الشهادة؛ لاحتمال أن يكون المودع هذا المنازع.

(بخلاف قولهم: نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه، حيث تندفع) الدعوى **(عند الإمام)** أبي حنيفة؛ لأنه أثبت ببينته[(٢)] أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث عرف الشهود بوجهه، بخلاف الفصل الأول، فلم تكن يده يد خصومة، وهو المقصود، والمدعي هو الذي أضَرَّ بنفسه حيث نسي خصمه، ولم يشهد عليه من يعرفه، أو أضَرَّ به شهوده[(٣)]، والمتضرر بشيء ليس له أن يحمل ذلك الضرر [على][(٤)] غيره، **(خلافاً لمحمد)** هو يقول: إن المدعى عليه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعي اتباعه، فلو اندفعت الخصومة عن ذي اليد يتضرر به المدعى.

(ولو قال: اشتريته منه لا تندفع)[(٥)]؛ أي: لو قال المدعى عليه: إني ابتعت هذا المدعى به من فلان الغائب، لا يندفع عن[(٦)] الخصومة بالإجماع[(٧)]؛ لأنه لما زعم أن يده يد المِلْك، فقد اعترف بكونه خصماً، **(وكذا)**؛ أي: لا تندفع الخصومة **(لو قال المدعي: سَرَقتَهُ)** أنت، **(أو غصبتَه مني وإن)** ـ وصلية ـ **(برهن ذو اليد على إيداع الغائب)** إياه عنده؛ لأنه قد صار خصماً بدعوى [المدعي][(٨)] الفعل عليه لا بمجرد[(٩)] اليد، فلا

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) في (أ) و(ج): (بينة).
(٣) في (ج): (بشهوده).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) ينظر: المحيط البرهاني: ٢٠١/٩، والهداية: ١٦٦/٣، وتبيين الحقائق: ٣١٤/٤.
(٦) في (أ) و(ج): (عنه).
(٧) الواضح أنه إجماع الأئمة وليس إجماع الأمة. ينظر: الهداية: ١٦٦/٣.
(٨) سقط من: (أ).
(٩) (لا) سقط من: (أ).

تندفع دعواه بإحالة المِلْك إلى غيره؛ لأنه لم يَدَّعِ المِلْك عليه، بل ادعى الفعل عليه، وهو الغصب، أو السرقة.

(وكذا)؛ أي: لا تندفع الخصومة **(إن قال)** المدعي: **(سُرق مني)** بلفظ المجهول، وقال المدعى عليه: أودعنيه فلان، وأقام البينة عليه، وهذا عند الشيخين، وهو استحسان **(خلافاً لمحمد)**، فإنها تندفع عنده؛ لأنه لم يدّع الفعل عليه بل ادعى الفعل على مجهول، وهي [دعوى](1) باطلة، فالتحقت بالعدم، فبقي دعوى المِلْك(2)، فلهما: إن هذا كتعيين ذي اليد للسرقة، ولو عينه لم تندفع، كذا هنا(3)؛ لأن ذلك الفعل(4) يستدعي الفاعل لا محالة، والظاهر أنه [الذي](5) في يده، وإنما أبهمه درءاً للحد، فنزل ذلك منزلة تعيينه(6)، فصار قوله: سُرق مني؛ بمعنى: سرقتَ أنت مني، وفيه لا تندفع.

(ولو قال المدعي: ابتعته)؛ أي: اشتريته **(من زيد، وقال ذو اليد: أودعنيه هو)**؛ أي: زيد؛ **(اندفعت)** الخصومة **(بلا حجة)**؛ أي: بغير بينة؛ لأنهما توافقا على أن أصل المِلْك فيه لغير ذي اليد، فيكون وصوله إلى يد ذي اليد من جهة ذلك الغير، فلا تكون يده يد خصومة بل يد نيابة، والدعوى إنما تصح على من تكون له يد مِلْك **(إلا إذا برهن المدعي: أن زيداً وكله بقبضه)**؛ أي: بعد أن أقر ذو اليد أن زيداً أودعه إياه أقام المدعي بينة على أن زيداً وكله بقبضه، فيكون قد أثبت بتلك البينة أنه أحق بإمساك المدعى به من المدعى عليه(7).

❊ ❊ ❊

---

(١) سقط من: (أ) و(ب).
(٢) ينظر: المحيط البرهاني: ٩/٢٠٢، والهداية: ٣/١٦٦.
(٣) في (ب): (ههنا).
(٤) في (أ): (الفعلى).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (ب): (تعييه).
(٧) ينظر: الهداية: ٣/١٦٧.

باب دعوى الرَّجلين

يعني: إذا ادعى[(١)] اثنان عيناً، فلا يخلو: إما أن تكون العين في يد أحدهما، أو تكون في يد ثالث، وكل واحد من المدعيين يزعم أنه مِلْكه، وأيضاً لا تخلو: إما أن يكون لكل واحد منهما بينة على ما ادعاه أو لأحدهما فقط، أو لم تكن بينة أصلاً بل يتنازعا باليد، فهذا الأخير سيأتي في فصل على حدة إن شاء الله تعالى.

وأما الأول: وهو أن تكون[(٢)] العين في يد أحدهما؛ فهو الذي ابتدأ المصنِّف ببيانه، فقال: (**لا تُعتبر بينة ذي اليد في المِلْك المطلق**)؛ يعني: لو ادعى [أحد][(٣)] شيئاً في يد آخر أنه ملكه مطلقاً ولم يُبين أنه مِلْكه بشراء، أو هبة، أو ميراث، أو غير ذلك من أسباب المِلْك، أو أقام[(٤)] البينة على وفق مدعاه، وذو اليد ينكر ذلك، ويدعي أنه مِلْكه كذلك، وأحضر بينة تشهد له بالمِلْك المطلق، فالقاضي لا يسمع هذه البينة ولا يحكم بموجبها[(٥)].

(**وبينة الخارج فيه أحق**)؛ أي: بينته[(٦)] في المِلْك المطلق أولى بالقَبُول، فيسمعها، ويحكم له بموجبها؛ لأن البينة للمدعي وهو الخارج، وأما ذو اليد فهو المدعى عليه، وإنما عليه اليمين بنص الشارع، وحينئذ يكون وجود البينة عنده وعدمها سواء.

والفقه فيه: أن اليد ثابتة له ومثبتة له المِلْك ظاهراً، فتبقى

---

(١) في (أ): (دعا).
(٢) في (أ) و(ج): (يكون).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (وأقام).
(٥) ينظر: العناية شرح الهداية: ٨/٢٤٥.
(٦) في (أ) و(ج): (بينة).

بينته[١] لغواً؛ [إذ][٢] تحصيل الحاصل محال، وإذا لغت بينته صارت بينة الخارج ثابتة سالمة عن المعارض، وهي أقوى من اليد، فيعمل بموجبها، وقال الشافعي: بينة ذي اليد أولى[٣]، قيد بالمِلْك المطلق؛ لأنه إن كان دعوهما النتاج يقضي لذي اليد اتفاقاً.

قوله: **(برهنا على ما في يد آخر قضى به لهما)** بيان للثاني، وهو ما إذا كان المدعى به في يد ثالث، وادعاه اثنان معاً، وأقام كل [واحد][٤] منهما بينة على أنه له، فإنه[٥] يقضي به لهما مناصفة، وعن الشافعي في قول: تساقطتا، ويترك ذلك الشيء في يد ذي اليد، وفي قول آخر: إنه يقرع بينهما[٦]، فمن خرجت له القرعة يحكم له بالمدعى به[٧] تماماً؛ لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين؛ لاستحالة اجتماع المِلْكين [أ/٣١٤] [في][٨] الكل في حالة واحدة، وقد تعذر[٩] التمييز، فيصار إلى القرعة؛ لأن النبي ﷺ: أقرع في مثل هذه الدعوى، وقال: **«اللهم أنت الحكم بينهما»**[١٠].

---

(١) في (أ) و(ج): (بينة).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب: ١٥٣/١٩، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب: ١١٤/٢.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ب): (فأته).
(٦) ينظر: مغني المحتاج: ٤٢٧/٦، ونهاية المحتاج: ٣٦١/٨.
(٧) ينظر: المبسوط: ٣٢/١٧، ومختصر القدوري: ص٢١٥، والهداية: ١٦٧/٣.
(٨) سقط من: (ج).
(٩) في (أ): (تعزر).
(١٠) رواه أبو داود في المراسيل، والبيهقي ناقلاً عنه، والطبراني في الأوسط، ونقل الزيلعي عن عبد الحق: أنه مرسل وضعيف. ينظر: المعجم الأوسط: ٢٠٤/٤، ونصب الراية: ١٠٨/٤، ومجمع الزوائد ومنبع الفوائد: ٢٠٣/٤، والدراية في تخريج أحاديث الهداية: ١٧٨/٢.

ولنا: ما[(١)] رواه تميم بن طرفة[(٢)]: «أن رَجلين اختصما إلى النبي ﷺ [في ناقة][(٣)]، وأقام كل واحد منهما البينة، فقضى بتلك الناقة بينهما نصفين[(٤)]»، وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام، ثم نسخ[(٥)]، ولأن احتمال الصدق قائم في كل منهما، فيجب العمل بهما مهما أمكن، وقد أمكن ذلك بالتنصيف بناءً على استوائهما في سبب الاستحقاق، فيعمل بموجبه؛ لأن الإعمال أولى من الإهمال[(٦)].

(ولو على نكاح امرأة سقطا)؛ أي: البرهانان، **(وهي لمن صَدَّقَته)**؛ يعني: لو برهن رَجلان على نكاح [امرأة][(٧)] من غير توقيت بل كل منهما يدعي أنه نكحها، أو أنها[(٨)] منكوحته، وأقام البينة على ذلك تهاترت[(٩)] البينتان، ولم يقضِ بواحدة منهما؛ لتعذر العمل بهما؛ لأن البضع لا يقبل الاشتراك، ويرجع إلى إقرار المرأة وتصديقها؛ لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين، فصارت كأنها تصادقت مع الذي أقرت له، **(فإن**

---

(١) زيد في (ب) ـ في هذا الموضع ـ (لأن النبي ﷺ قضى في ناقة).

(٢) تميم بن طرفة: الطائي المسلي، الكوفي، تابعي، وكان ثقة قليل الحديث (ت: ٩٤هـ). ينظر: الطبقات الكبرى لابن سعد: ٤٠٥/٨، إكمال تهذيب الكمال: ٥٩/٣، الوافي بالوفيات: ٢٥٣/١٠.

(٣) سقط من: (ب).

(٤) رواه البيهقي وغيره وقال: الحديث معلول عند أهل الحديث مع الاختلاف في إسناده، وقال ابن الملقن: ضعيف لانقطاعه، وأعله ابن حجر بالإرسال. ينظر: مصنف عبد الرزاق: ٢٢٧٦/٨، ونصب الراية: ١٠٨/٤، والبدر المنير: ٦٩٦/٩، والدراية في تخريج أحاديث الهداية: ١٧٨/٢.

(٥) ذكر النسخ الطحاوي. ينظر: شرح معاني الآثار: ٣٨٢/٤.

(٦) ينظر: الهداية: ١٦٧/٣.

(٧) سقط من: (ج).

(٨) في (ب): (وأنها).

(٩) التهاتر: من الهتر، وهو السقط من الكلام، والخطأ فيه، وقيل: كل بينة لا تكون حجة شرعاً فهي من التهاتر، وتهاترت البينتان: سقطتا وبطلتا. ينظر: المغرب: ص٥٠٠، تاج العروس: ٣٩٤/١٤.

أَرَّخَا[(١)]؛ **فالسابق أحق)**؛ أي: إن قال أحد المدعيين: نكحتها في زمان كذا، والآخر في زمان أسبق منه، أو متأخر[(٢)] عنه، وإن أقاما البينة عليهما، فإنه يحكم بالمرأة لمن كان تاريخه أسبق؛ لأنه سلم عن المعارض، بخلاف المتأخر، وهو ظاهر.

(وإن أقرت لأحدهما قبل البرهان؛ فهي له)؛ أي: لو ادعيا نكاحها[(٣)]، فقبل أن يقيم أحد منهما[(٤)] البينة؛ صَدَّقَت أحدهما، فهي[(٥)] زوجة لمن صَدَّقَته؛ إذ بتصادق الزوجين عند الشهود يُحكم النكاح بينهما، **(فإن برهن الآخر [بعد][(٦)] ذلك قضي له)**؛ لأن البينة أقوى من الإقرار[(٧)]؛ لتعدد البينة وانفراد الإقرار، فيعمل بالأقوى، ويهمل الأضعف. **(وإن برهن أحدهما، فقضي له)**؛ أي: في صورة دعوى الرَّجلين: لو أقام أحدهما البينة، وقضي له بالمرأة، **(ثم برهن الآخر)** بعد ذلك؛ **(لا يقبل)** برهانه، ولا يحكم له؛ لأن القضاء الأول[(٨)] قد صح، فلا ينتقض[(٩)] بما هو مثله بل دونه، وإنما كان دونه؛ لأن الحكم الأول وقع في زمان لم يكن له فيه معارض، فاستحكم، والثاني وقع حيث كان الأول ثابتاً، فلا يعبأ به، **(إلا إن أثبت سبقه)** بأن كان الأول عيّن تاريخاً، فأثبت الثاني أسبق منه؛ لأنه ظهر أن الحكم الأول كان خطأً، فيلغى، ويثبت الصواب.

(وكذا)؛ أي: مثل هذا الوجه الأخير **(لا يُقبل برهان خارج على ذي يد)**؛ أي: لا يُقبل عمن يدعي نكاح امرأة تحت رَجل **(نكاحه)** إياها

(١) أَرَّخَا: التأريخ: تعريف الوقت. ينظر: لسان العرب: ٤/٣، وتاج العروس: ٢٢٥/٧.
(٢) في (أ): (تأخر).
(٣) في (ج): (نكاحاً).
(٤) في (ج): (أحدهما).
(٥) في (ج): (وهي).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: الهداية: ١٦٧/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٧/٢ ـ ١١٨.
(٨) في (أ) و(ج): (للأول).
(٩) في (ب) و(ج): (ينقض).

(ظاهر) معروف بين الناس؛ لأن الظاهر يكذبه (إلا إن أثبت سبقه) بأن كان تأريخ نكاح ذي اليد معلوماً، فأثبت الخارج أنه تزوجها منذ زمان أسبق، فحينئذ يحكم بالمرأة بالخارج بحكم السبق؛[١] لظهور بطلان المتأخر[٢].

(وإن برهنا)؛ أي: أقاما[٣] البينة (على شراء شيء)؛ أي: على أنهما اشترياه (من آخر) ثالث، ولم يؤقت واحد من البينتين وقتاً؛ (فلكل) منهما (نصفه)؛ أي: يحكم لكل واحد من المدعيين بنصف ذلك الشيء المدعى؛ لاستوائهما في السبب (بنصف ثمنه، أو تركه)؛ لأن البينتين قامتا على أمر حادث، ولم يدرِ سبق أحدهما، فيجعل كأنهما وقعا معاً، فيحكم بينهما؛ لتعذر موجب الشراء لكل واحد منهما على الكمال، وخيّر المشتريان في ذلك؛ لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم [له][٤] كل المبيع، فإذا لم يُسلم يُخير كل واحد منهما؛ لئلا يتضرر بالاشتراك (وبترك أحدهما) [نصفه (بعد ما قضي لهما)][٥] بالنصف على وجه التخيير، (لا يأخذ) المدعي (الآخر كله)؛ أي: ليس [له][٦] أخذ[٧] [كل][٨] المدعى؛ لأنه صار مقضياً عليه بالنصف[٩]، فانفسخ[١٠] البيع فيه إلا أن يرضى المدعى عليه بعد ذلك بأخذه.

(فإن كان لأحدهما)؛ أي: لأحد المدعيين (يد أو تاريخ؛ فهو أولى) من الآخر، ويحكم له بكل المدعى دون الآخر[١١]، أما إذا كان المدعى

---

(١) في (ج): (أسبق).
(٢) ينظر: الهداية: ١٦٧/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٨/٢.
(٣) في (ب): (أقامتا).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) سقط من: (ب).
(٧) في (ب): (الأخذ).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) ينظر: المبسوط: ١٨٥/١١، بدائع الصنائع: ٢٤٠/٦.
(١٠) في (ب): (فالفسخ).
(١١) ينظر: الهداية: ١٦٨/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٨/٢، والجوهرة النيرة: ٢١٣/٢.

في يده؛ فلأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه[١]؛ ولأنهما استويا[٢] في الإثبات، واليد مرجحة، فيقدم صاحبها، وأما التاريخ؛ فلأنه يدل على ثبوت المِلْك لصاحبه في ذلك الوقت، والآخر يحتمل أن يكون قبله أو بعده، فلا يقضى له بالشك.

(**وإن أَرَّخَا**)؛ أي: ذكرا تاريخاً معاً، (**فالسابق**) منهما (**أولى**)؛ لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد، فاندفع الآخر به، (**وإن كان لأحدهما يد، وللآخر تأريخ؛ فذو اليد أولى**)؛ لما بَيَّنَا أنها تدل على سبق الشراء، والتاريخ يحتمل أن يكون مقدَّماً على شراء ذي اليد، وأن يكون مؤخراً، والمحتمل لا يُعارض الثابت صريحاً[٣]، اللهم إلا أن يثبت أن شراءه في ذلك التاريخ كان مقدماً على قبض ذي اليد؛ لأنه صريح، واليد دلالة، والصريح أقوى فرجح[٤]، [والمُصنِّف لم يتعرض لهذا، ولا بدَّ من ذِكْره][٥].

(**والشراء أحق من هبة وصدقة مع قبض**)؛ أي: قال أحدهما: اشتريته من زيد، وقال الآخر: وَهَبهُ لي زيد، وقبضته، أو تصدقه عليَّ زيد، فقبضته[٦]، وأقام كل منهما البينة على دعواه، فإنه يحكم به لمدعي الشراء دون مدعي الهبة، أو الصدقة مع القبض؛ لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين، ولأنه يثبت المِلك بنَفْسه، والهبة والصدقة يتوقفان[٧] على القبض، (**والهبة والصدقة**) إذا كانا مع القبض (**فيما لا يحتمل القسمة**

---

(١) في (ج): (شراء).
(٢) في (أ): (استوفيا).
(٣) ورويت بلفظ: (المحتمل لا يعارض المتحقق). أصول السرخسي: ٢٩/١، وبلفظ: (المحتمل لا يعارض المنصوص). ينظر: موسوعة القواعد الفقهية: ٥٢٦/١٠.
(٤) ينظر: الهداية: ١٦٨/٣، والجوهرة النيرة: ٢١٣/٢.
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (أ): (قبضته).
(٧) في (أ): (يتوقتان).

سواء)، أما التساوي؛ فلأنهما [لما](١) تساويا في كونهما على سبيل التبرع؛ فيتساويان في الاستحقاق، واختلفوا فيما يحتمل القسمة، والأصح أنه(٢) لا يصح(٣).

(وكذا الشراء والمهر)؛ أي: لو ادعى رَجل أن هذا العبد اشتريته من صاحبه، وادعت امرأة أنه جعل مهراً لها، وبرهن كل منهما على دعواه، فإنه يحكم بنصف العبد للرَّجل(٤)، وبنصفه للمرأة (عند أبي يوسف)؛ لاستوائهما في القوة، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة، وهو يثبت المِلْك بنَفْسه (وقال محمد: الشراء أولى)، فيحكم بالعبد لمدعيه (وعلى الزوج القيمة)؛ أي: إذا حكم بالعبد لمدعي الشراء يحكم للمرأة أيضاً بمهرها على الزوج، لكن هل هو نصف قيمة العبد، أو تمام قيمته؟ فالذي يظهر من كلام صاحب الهداية: أنه يلزم تمام قيمة العبد، وصرح صاحب الاختيار(٥): أنه على قول أبي يوسف: يلزم نصف قيمة العبد على الزوج، [وعلى](٦) قول محمد: تمام قيمته عملاً بالبينتين لتقديم الشراء [أ/٣١٥]، ولأن التزويج على مِلْك الغير جائز، ثم يحكم للمرأة بقيمته عند تعذر التسليم(٧).

(والرهن مع القبض أولى من الهبة معه)؛ أي: مع القبض؛ [يعني](٨): إن ادعى أحدهما أن هذا العبد رهن مقبوض له، والآخر أنه

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ب): (أن).
(٣) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٥، والهداية: ١٦٨/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٨/٢، والجوهرة النيرة: ٢١٤/٢.
(٤) في (أ): (الرَّجل).
(٥) الاختيار لتعليل المختار: لأبي الفضل الموصلي، وهو عبد الله محمود بن مودود بن محمود الموصلي، الإمام الملقب بمجد الدين (ت: ٦٨٣هـ). ينظر: أسماء الكتب المتمم لكشف الظنون: ٢٦/١.
(٦) سقط من: (أ) و(ب).
(٧) ينظر: الهداية: ١٦٨/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٨/٢.
(٨) سقط من: (ب).

هبة مقبوضة له، فإنه يحكم به لمدعي الرهن استحساناً، وفي القياس: يحكم به لمدعي الهبة؛ لأنها تُثبت المِلْك، والرهن لا يُثبته، ولهذا قال: **(فإن كانت)** الهبة المدعاة[(١)] **(بشرط العوض؛ فهي أولى)** من الرهن؛ لأنها بمنزلة البيع، وهو يُفيد المِلْك قطعاً، ويستلزم بحصول العوض للواهب نفعاً، بخلاف الرهن، وجه الاستحسان: أن المقبوض بحكم الرهن مضمون، والذي بحكم[(٢)] الهبة غير مضمون، وعقد الضمان أقوى[(٣)].

(وإن برهن خارجان على مِلْك مؤرخ، أو شراء مؤرخ من واحدٍ) أو أكثر **(غير ذي اليد)** [احترز بهذا عما إذا برهنا على ما في يد آخر][(٤)]، **(فالسابق أولى)**؛ لما مر أنه أثبت[(٥)] في وقت لم يكن له فيه منازع، فهو أولى من الثاني الذي ينازعه الأول[(٦)]، **(وإن برهن أحدهما على الشراء من زيد)**؛ أي: على أنه اشترى المدعي من زيد، **(والآخر)** برهن **(عليه)**؛ أي: على الشراء **(من بكر، واتفق تأريخهما، فهما سواء)**؛ لتساويهما في السبب؛ لأنهما يثبتان المِلْك لبائعيهما، فيصير كأنهما حضرا، ولو حضر البائعان لكان ينصف بينهما، فكذا هذان؛ لتلقيهما المِلْك على البائعين حسبما أثبتاه.

(وكذا لو وقت أحدهما فقط) استويا، ويقضى بالمدعى به بينهما نصفين، والفرق بين هذا، وبين ما تقدم أن هناك ادعيا الشراء من واحد، وههنا من اثنين، وتوقيت أحدهما ههنا لا يدل على تقدم شرائه؛ لجواز أن يكون الآخر أسبق بخلاف ما إذا كان البائع واحداً، فإنهما اتفقا على أن المِلْك لا يتلقى إلا من جهته[(٧)]، فإذا أثبت أحدهما تأريخاً يحكم له ما لم

---

(١) في (أ): (المدعي).
(٢) في (ب): (يحكم).
(٣) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٥، والهداية: ٣/١٦٩.
(٤) سقط من: (ب).
(٥) في (أ) و(ج): (أثبته).
(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٢/١١٨.
(٧) ينظر: العناية شرح الهداية: ٨/٢٥٧ ـ ٢٥٨، والجوهرة النيرة: ٢/٢١٤.

يتبين أنه تقدمه شراء غيره، ثم إذا تساويا في المسألتين؛ أعني: اتفاق التأريخين، وتأريخ أحدهما فقط يخير كل منهما بين أخذ النصف بنصف الثمن وبين الترك كما مر.

(ولو برهن خارج على الشراء من شخص، و)برهن **(آخر على الهبة والقبض من غيره)**؛ أي: من غير الشخص الأول، وآخر برهن **(على الإرث)**؛ أي: على أنه ورث المدعى به **(من أبيه، وآخر)** رابع برهن **(على الصدقة والقبض من رابع؛ قضي)** بالمدعى **(بينهم أرباعاً)**؛ لاتفاقهم على تلقي المِلْك ممن ذكروهم، فقد أثبتوا[1] المِلْك لأولئك، فلو فرض اجتماعهم وإثباتهم المِلْك المطلق أليس كانوا يقتسمونه أرباعاً؟ فكذلك هؤلاء؛ لتلقيهم المِلْك عنهم[2].

(ولو برهن خارج على مِلْك مؤرخ، و)برهن **(ذو اليد على مِلْك أقدم منه)** تاريخاً؛ **(فهو)**؛ أي: ذو اليد **(أولى)** من الخارج **(خلافاً لمحمد في رواية)** عنه: أنه رجع بعد ما وافق شيخيه إلى أنه لا تُقبل بينة ذي اليد؛ لأن البينتين قامتا على مِلْك مطلق، ولم يتعرضا لجهة المِلْك، فكان التقدم والتأخر سواء، ولهما: إن البينة مع التأريخ تتضمن معنى الدفع لدعوى الآخر، فإن المِلْك إذا ثبت لشخص في وقت يمتنع أن يثبت لغيره إلا بتلقي[3] من جهته؛ لأن الأصل في الثابت أن يدوم حكمه، وبينة[4] ذي اليد على الدفع مقبولة، **(وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما)**؛ أي: لو كان ما يدعيانه في أيديهما معاً، والمسألة بحالها، فصاحب التاريخ الأسبق أحق، خلافاً لمحمد في الرواية المذكورة[5].

---

(١) في (أ): (أثبت).

(٢) ينظر: العناية شرح الهداية: ٢٦٢/٨.

(٣) في (ج): (بالتلقي).

(٤) في (ج): (وبينته).

(٥) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٥، والهداية: ١٦٩/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١١٧/٢، والجوهرة النيرة: ٢١٤/٢.

(ولو برهن خارج، وذو يدٍ على مِلْك مطلق ووقت أحدهما فقط، فالخارج أولى) على كل حال عند أبي حنيفة ومحمد، **(وعند أبي يوسف: ذو الوقت أولى)**، وهو رواية عن أبي حنيفة أيضاً، ووجهه: أن الذي وقت أثبت المِلْك في ذلك الوقت، والآخر يحتمل [أن يكون مقدَّماً][1]، وأن[2] يكون مؤخراً، فلا ثبوت مع الاحتمال، ولأبي حنيفة ومحمد: إن بينة ذي اليد إنما تُعتبر إذا كانت متضمنة لمعنى الدفع، ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في جهته.

(ولو كان المُدَّعى) ـ بالفتح ـ؛ أي: الشيء الذي يدعيانه، وقد يقال: المدعى به؛ لأن هذا الفعل يتعدى تارة بنفسه، وتارة بالباء **(في أيديهما، أو في يد ثالث ـ والمسألة بحالها)**؛ أي: وقت أحدهما فقط، **(فهما سواء)** عند أبي حنيفة، في الهداية أن صورة: كون المدعى به في أيديهما كالمسألة السابقة، والخلاف الآتي إنما هو في صورة ما لو كان في يد ثالث، وبينهما بعض مخالفة تظهر لمن تأمل، **(وعند أبي يوسف: الذي وقت أولى، وعند محمد: الذي أطلق أولى)**؛ لمحمد: إن المِلْك المطلق يثبت به كونه أول مالك؛ بدليل استحقاقه لزوائده، ورجوع الباعة بعضهم على بعض إلى أن ينتهي إليه، ولايرجع أحد عليه، ولأبي يوسف: إن التاريخ يوجب مِلْك المؤرخ في ذلك الوقت يقيناً، والإطلاق يحتمل التقدم[3] والتأخر عنه، والمتيقن أولى من المحتمل[4]، ولأبي حنيفة: إن التأريخ فيه احتمال عدم التقدم، فسقط اعتباره، وصارا متساويين كأنهما أقاما البينة على مطلق المِلْك[5].

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (أن).
(٣) في (ج): (التقديم).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق: ٣١٩/٤.
(٥) ينظر: الهداية: ١٧٠/٣، والعناية شرح الهداية: ٢٦٥/٨.

(وإن برهن خارج، وذو يد على النتاج[١]**؛ فذو اليد أولى)**؛ لأن البينتين تساوتا[٢] في إثبات النتاج، وترجحت بينته باليد[٣]، على أنه روي: أن النبي ﷺ حكم لذي اليد دون الخارج بعدما أقاما البينة معاً على النتاج[٤].

(وكذا لو برهن كل على تلقي المِلْك من رَجل آخر، وعلى النتاج عنده)؛ أي: لو أقام الخارج البينة على أنه تملك ذلك الفرس من زيد بشراء، أو هبة، أو إرث، ونحوه، وأنه نتج عند زيد، وأقام ذو اليد البينة على أنه تملكه من عمرو كذلك، وأنه نتج [عند][٥] عمر، فهذا وما قبله سواء؛ أعني: يُحكم لذي اليد؛ لترجح دعواه باليد، **(ولو برهن أحدهما على المِلْك المطلق و)**برهن **(الآخر على النتاج؛ فهو أولى)**؛ أي: إن برهن الخارج أن الفرس المذكور ملكه مطلقاً[٦]، وبرهن ذو اليد أنه نتج عنده، أو عند الذي تلقى المِلْك منه، أو كانت الدعوى منهما على العكس، فإنه يحكم لذي النتاج أيهما كان؛ لأنه أثبت أولية المِلْك، فلا

---

(١) النِّتاج: ـ بكسر النون المشددة ـ: اسم يشمل: وَضعَ البهائم من الغنم وغيرها، وإذا ولي الإنسان ناقة أو شاة ماخضاً ـ حاملاً قريبة الولادة ـ حتى تضع. ينظر: المصباح المنير: ٥٩١/٢ مادة (نتج).

(٢) في (أ) و(ج): (تساويا).

(٣) ينظر: الهداية: ١٧٠/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١١٧/٢، والجوهرة النيرة: ٢١٥/٢.

(٤) عن جابر ﷺ عن النبي ﷺ: «أن رَجلين اختصما إليه في ناقة ادعاها كل واحد منهما، وأقام البينة أنها ناقته، فقضى بها رسول الله ﷺ لِلَّذي هي في يديه» رواه أبو يوسف في كتابه الآثار، والشافعي في مسنده بلفظ (دابة) بدل (ناقة)، ونقلها البيهقي في سننه، ونقل البيهقي في كتابه (معرفة السنن) عن الشافعي في القديم أنه قال: وهذه رواية صالحة ليست بالقوية ولا الساقطة، ولم أجد أحداً من أهل العلم يخالف في القول بهذا مع أنها قد رويت من غير هذا الوجه وإن لم تكن قوية. ينظر: الآثار لأبي يوسف: ص١٦٠، ومسند الشافعي: ص٣٣٠، والسنن الكبرى، للبيهقي: ٤٣٣/١٠، ومعرفة السنن والآثار، للبيهقي: ٣٥٣/١٤.

(٥) سقط من: (أ) و(ب).

(٦) في (أ) و(ج): (مطلق).

يثبت بعد ذلك للآخر إلا بالتلقي[(١)] من الأول[(٢)]، (وكذا لو كانا خارجين)، فبرهن أحدهما على [المِلْك][(٣)] المطلق، والآخر على النتاج، فذو النتاج أولى لما ذكرنا.

(ولو قضى بالنتاج لذي اليد، ثم برهن ثالث على النتاج؛ قضي له)؛ لأن الثالث لم يقضِ عليه بالنتاج، فيقضى له إذا أقام البينة، بخلاف الأول؛ لأنه صار مقضياً عليه بالنتاج، فلا تسمع بينة بعد ذلك عليه، قوله: (إلا أن [أ/٣١٦] يعيد ذو اليد برهانه) استثناء من قوله: قضي له، وفيه إشارة إلى أنه على ذلك التقدير لا يكون القضاء للثالث صحيحاً؛ لانتقاضه بإعادة البينة[(٤)].

[قوله][(٥)]: (كما لو برهن المقضي عليه بالمِلْك المطلق على النتاج) يُقبل، (وينقض[(٦)] القضاء) تنظير لسماع[(٧)] بينة ذي اليد على النتاج بعد الحكم به للثالث، صورته: رَجل ادعى عبداً في يد آخر أنه مِلْكه، وأقام البينة على ذلك وحكم له بالعبد، ثم إن ذا اليد ادعى أن العبد نتج في مِلْكه من جاريته، فإنه تسمع بينة بعد ما حكم عليه، وينتقض ذلك الحكم، ويحكم له بمقتضى النتاج؛ وذلك لأنه بمنزلة النص في دلالته على الأولوية قطعاً، وكان القضاء واقعاً على خلافه، وهذا استحسان، والقياس: أن لا يقبل؛ لصيرورته مقضياً عليه بالمِلْك، وجوابه: أنه لم يصر مقضياً عليه؛ لأنه بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً، والقضاء كان خطأ.

---

(١) في (أ) و(ج): (بتلقي).
(٢) ينظر: العناية شرح الهداية: ٢٦٨/٨، والبناية شرح الهداية: ٣٩٥/٩.
(٣) سقط من: (أ) و(ب).
(٤) ينظر: الهداية: ١٧٠/٣.
(٥) سقط من: (أ) و(ب).
(٦) في (ب): (ويقضى).
(٧) في (ب): (سماع).

(**وكل سبب**) للمِلْك (**لا يتكرر، فهو مثل النتاج**) في أنه إذا برهن عليه الخارج وذو اليد معاً كان ذو اليد أولى؛ لأن ما لا يتكرر سببه، فثبوته كالنص لا يجوز إثبات الغير في مقابلته إلا أن يكون التلقي من جهته، ثم إنه شرع في بيان بعض أسباب لا يتكرر؛ ليكون[(١)] أنموذجاً، فيقاس ما عدا[(٢)] عليها، فقال: (**كنسج ثياب لا تنسج إلا مرة**): كالقطن، والكتان وغزلهما[(٣)] أيضاً، فإنه إذا برهن خارج وذو اليد معاً على أن هذا الثوب نسجه هو، أو أن[(٤)] هذا الغزل غزله هو؛ فإنه يقضى به لذي اليد؛ لرجحانها وتساوي البينتين، (**وكحلب اللبن**) إذا برهن كل [منهما][(٥)] أنه حلبه من شاته مثلاً، (**واتخاذ الجبن**) إذا برهن كل أنه اتخذه من لبنه، (**واللبد إذا**) برهن كل أنه لبده من صوفه، (**والمِرْعِزَّيّ**) بتشديد الياء، وهو كالوبر في غاية النعومة يظهر على بعض الأغنام[(٦)] يعمل منه أقبية وقلانس، ونحو ذلك مرة واحدة، (**وجز الصوف**) عن ظهر الغنم لا يكون إلا مرة، فإذا برهنا على شيء من هذه يحكم لذي اليد لما مر غير مرة[(٧)].

(**وما يتكرر**) من أسباب المِلْك فهو (**بمنزلة**[(٨)] **المِلْك المطلق**) في أن بينة الخارج أولى، وذلك (**كنسج الخز**): وهو اسم دابة سمي الثوب المتخذ من وبره [خزاً][(٩)]، فإنه يتكرر[(١٠)]، على ما قيل: إن ثيابه إذا خلقت[(١١)]؛ فإنها تنقض، ويغزل وينسج ثانياً، (**وكالبناء، والغرس، وزراعة**

---

(١) في (ب): (لتكون).
(٢) في (ب): (ما عداها).
(٣) ينظر: العناية شرح الهداية: ٢٦٩/٨.
(٤) في (ب): (وأن).
(٥) سقط من: (أ) و(ب).
(٦) ينظر: تهذيب اللغة: ٢٢١/٣، والصحاح: ٨٧٩/٣، ولسان العرب: ٣٥٤/٥.
(٧) ينظر: العناية شرح الهداية: ٢٧٠/٨.
(٨) في (أ): (بمنزل).
(٩) سقط من: (ج). ينظر: المغرب: ١٤٤/١.
(١٠) في (أ): (يتكرره).
(١١) في (ب) و(ج): (حلقت).

البرّ، والحبوب) في ذلك مما يتكرر مرة بعد أخرى[١]، وما أشكل من الأسباب، أي[٢]: لم يظهر للحاكم هل [هو][٣] مما [لم][٤] يتكرر أو مما[٥] يتكرر؟ (رجع فيه إلى أهل الخبرة)؛ لأنهم أعرف به، وقد قال ﷻ: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾﴾ [النحل: ٤٣]، والأولى التعدد قياساً على الشهادة، ويجوز الاكتفاء بالعدل منهم، (فإن أشكل عليهم)؛ أي: على أهل الخبرة (جعل كالمطلق)؛ أي: يقضى به للخارج؛ لأن الحكم بينة[٦] هو الأصل، والعدول عنه بخبر[٧] النتاج؛ أعني به: ما روي عن النبي ﷺ آنفاً، فإذا لم يُعلم النتاج يرجع إلى الأصل[٨].

(وإن برهن خارج على مِلْك مطلق، وذو يد) الأولى أن يُقال: وذو اليد بصيغة التعريف كما لا يخفى، لكن المصنِّف قصد المشاكلة، والأمر ظاهر لمن تأمل (على الشراء منه، فهو أولى)؛ لأن الأول وإن كان أثبت أولية المِلْك، لكن الثاني أثبت التلقي منه، وليس فيه تناف بل عمل بموجب البينتين، وهذا كما لو أقر بأنه مِلْك المدعي، ثم أثبت الشراء منه[٩].

(وإن برهن كل منهما على الشراء من صاحبه)، ولأحدهما تأريخ، فإنه يحكم له، وكذا لو أرخا، وأحدهما أسبق تأريخاً؛ يحكم له، وإن برهنا كذلك (ولا تأريخ لهما)، أو أرخا[١٠] وتاريخهما متساويان؛

---

(١) ينظر: العناية شرح الهداية: ١٧٠/٣، ٢٧٠/٨، والاختيار لتعليل المختار: ١١٧/٢.
(٢) في (ج): (أن).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ب) و(ج).
(٥) في (ب): (ومما لا).
(٦) في (أ) و(ج): (ببينة).
(٧) في (أ): (لخبر).
(٨) ينظر: البناية شرح الهداية: ٣٩٧/٩.
(٩) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٣٤٧/٢.
(١٠) في (ج): (وأرخا).

(تهاترا)؛ أي: لغى[١] البرهانان، (وترك المال) المدعى به (في يد ذي اليد)، وهذا عند الشيخين، (وعند محمد: يقضى للخارج) ويكون ذلك عملاً بالبينتين؛ لأن التطبيق ممكن بأن يكون باعه[٢] الخارج لذي اليد، أو لا[٣]، وقبضه ذو اليد، ثم باعه ذو اليد من الخارج، ولم يقبضه بعد.

ولهما: إن الإقدام على الشراء اعتراف بأن المُشْتَرى[٤] مِلْك البائع، فيكون كل منهما قد اعترف للآخر بالمِلْك، [واعتراف كل منهما بالمِلْك][٥] للآخر يوجب التهاتر، فكذا قيام البينة عليه، ولا يتصور أن يكون الواحد بائعاً ومشترياً لشيء واحد في وقت واحد، ولا دلالة على السبق، ولا ترجيح، فتعذر القضاء[٦]، فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً من ذي اليد، ثم قبل [أن][٧] يقبضه[٨] باعه منه، وعند محمد: لا يجوز ذلك، فالخارج أولى؛ لأنه أثبت المِلْك أولاً، ولم يثبت التلقي منه، فبقي على ملكه.

(وإن أثبتا قبضاً قضى لذي اليد اتفاقاً)؛ أي: لو بين كل منهما أنه قبض من[٩] الآخر، والمسألة بحالها؛ فإنه يحكم لذي اليد عند الكل؛ لأن البيعين جائزان على القولين، فيحمل على أن الخارج اشترى المدعى به من ذي اليد أولاً وقبضه، ثم إن ذا اليد عاد واشتراه من الخارج وقبضه.

(وإن كان وقت ذي اليد أسبق؛ قضى للخارج في الوجهين)، فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد من الخارج أولاً، وقبضه، ثم باعه منه، ولم يسلمه

---

(١) في (أ) و(ب): (لغيا).
(٢) في (ب): (باع).
(٣) في (ج): (أولى).
(٤) في (ب): (المشري).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) ينظر: الهداية: ١٧١/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١١٧/٢.
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (ج): (قبضه).
(٩) في (أ): (في).

بعد، أو سلمه، ثم وصل إليه إما بعارية، أو بسبب آخر غير البيع[(١)]، (ولا ترجيح)[(٢)] لأحد البينتين (بكثرة الشهود) حتى لو أقام أحد المدعيين شاهدين، والآخر ثلاثة أو أكثر فهما سواء؛ لأن شهادة كل شاهدين علة تامة؛ لثبوت[(٣)] الحق كما عند الانفراد، فيستويان عند الاجتماع؛ لأن الترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بصحتها وقوتها[(٤)]، وكذلك إذا كانت إحديهما عدلين، والآخر أعدلين فهما سواء[(٥)]، وعند الأوزاعي: يقضي لأكثرهما عدداً، وعند مالك: يقضي بأعدل البينتين[(٦)].

(وإن ادعى أحد خارجين نصف دار) في يد ثالث، والخارج (الآخر) ادعى (كلها)، وأقاما البينة على دعواهما؛ (فالربع للأول)[(٧)]؛ أي: يحكم بربع الدار فقط للذي يدعي نصفها، وبثلاثة[(٨)] أرباعها للذي يدعي الكل عند أبي حنيفة، (وعندهما): للذي يدعي النصف (الثلث، والباقي للآخر)، وهو الثلثان، والمصنِّف اكتفى بقوله: (والباقي للآخر) عن الجملتين إجمالاً، فذهب أبو حنيفة إلى طريق المنازعة [أ/٣١٧]، وبيانه: أن الذي يدعي النصف لا ينازع مدعي الكل في النصف الآخر، فيسلم[(٩)] له، وبقيت منازعتهما في النصف المدعى، واستوت بينتاهما، [فيُنَصَّف بينهما][(١٠)]، وأبو يوسف ومحمد: ذهبا إلى طريق

---

(١) ينظر: الهداية: ١٧١/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١١٧/٢.
(٢) في (أ): (ولا ترجح).
(٣) في (ج): (الثبوت).
(٤) في (أ): (وفوتها).
(٥) ينظر: الهداية: ١٧١/٣، والعناية شرح الهداية: ٢٧٥/٨.
(٦) ينظر: المبسوط: ٤١/١٧، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢٥٦/٤، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل: ٢١٢/٦.
(٧) في (أ): (الأول).
(٨) في (أ): (وثلاثة).
(٩) في (أ) و(ج): (تسلم).
(١٠) سقط من: (ب)، إن أصل الدار على أربعة أسهم يقول: لا منازعة لمدعي النصف فيما زاد على النصف وهو سهمان، ويدعيه صاحب الجميع فيكون له نصف الدار، =

العول[1]، والضرب[2]، فإن في المسألة كلّاً ونصفاً، فهي من اثنين، وتعول إلى ثلاثة، فيقسم بينهما أثلاثاً، [الثلث][3] لصاحب [النصف][4] سهم منها، والثلثان لصاحبه[5].

(وإن كانت الدار) المدعاة (في يدهما) بأن كان في يد كل نصف، والمسألة بحالها، (فكلها لمدعي الكل)؛ أي: يحكم له بكلها عندهم (نصف) منها هو النصف المتنازع فيه له (بقضاء)؛ أي: بينة على الكل، فإن مدعي الكل خارج بالنسبة إلى ذلك النصف الذي في يد شريكه، وبينة الخارج أولى، (ونصف) آخر وهو النصف الذي في يده له (بلا قضاء) حيث لا ينازع فيه[6].

(وإن برهن خارجان) بعد ما تنازعا (على نتاج دابة)؛ أي: برهن كل منهما أنها نتجت عنده، (وأَرَّخَا) تأريخاً؛ (قُضي بها لمن وافق سنها تأريخه)؛ أي: تأريخ البرهان، فإن وافق [السن][7] تأريخ أحدهما قُضي له؛ لأن شهادة الحال ترجحه، (وإن أشكل فلهما)؛ أي: إن لم يعلم سن الدابة، أو لم يعلم موافقته لأحدهما، فإنما يقضى بالدابة لهما معاً؛ لأن

= فيبقى النصف وذلك سهمان استوت منازعتهما فيه، فيصير بينهما نصفان لكل واحد منهما سهم، فقد جعل المدعي الجميع مرة سهمان بلا منازعة، وسهم مع المنازعة، وذلك ثلاثة أرباع الدار، فكان له ثلاثة أسهم، ولمدعي النصف سهم. ينظر: البناية شرح الهداية: ٩/٤٠١.

(١) العول إذا أطلق في علم الميراث، فيراد به زيادة السهام على الفريضة، فتعول المسألة إلى سهام الفريضة، ويدخل النقصان عليهم بقَدْر حصصهم، لكن المراد هو على النحو الذي ذكره المصنف. ينظر: الاختيار لتعليل المختار ٥/٩٦.

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية: ٩/٤٠٢، وفتح القدير: ٨/٢٧٦.

(٣) سقط من: (أ).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) ينظر: المبسوط: ١٧/٨٣ ـ ٨٤، والهداية: ٣/١٧١، والعناية شرح الهداية: ٨/٢٧٥ ـ ٢٧٦.

(٦) ينظر: الهداية: ٣/١٧١.

(٧) سقط من: (ج).

اعتبار التوقيت يسقط حينئذ، فكأنهما لم يذكرا[١] تاريخاً، وكذا إن ساوى تأريخهما، **(وإن خالفهما بطلا)**؛ أي: إن خالف سن الدابة تأريخهما؛ تهاترا، ولا يُقضى لهما بشيء؛ لأنه ظهر كذبهما، فتترك في يد ذي اليد.

(وإن برهن أحد الخارجين على غصب شيء، والآخر على وديعته استويا)؛ أي: ادعى زيد عبداً في يد عمرو أنه غصبه منه، وادعى بكر أنه أودعه عند عمرو[٢]، فالعبد بين زيد وبكر نصفين؛ لاستوائهما في الإثبات؛ لأن المودع إذا جحد الوديعة صار غاصباً، وإقامة الخارج بينة على الوديعة تتضمن جحد ذي اليد إياها[٣].

❊ ❊ ❊

فصل
في التنازع

هذا الفصل يذكر فيه ما ليس عليه بينة من الجانبين لكن يدعيانه بحسب اليد، فالقاعدة فيه: أن الأقوى تصرفاً أو الأظهر تمكناً، فهو أولى[٤]، وإن استويا فهو بينهما، فلهذا قال المصنِّف: **(لابس الثوب أولى من الآخذ بكمه)**، فلو تنازعا في قميص: أحدهما: لابسه، والآخر: متعلق بكمه، أو بذيله أو بموضع منه، فاللابس أولى؛ لأنه أظهرهما تصرفاً.

(والراكب) على الدابة **(أحق من الآخذ باللجام)**؛ أي: بلجامها؛ لأن الركوب يختص بالمالك[٥]، فالراكب أولى؛ لأنه أظهر تصرفاً،

---

(١) في (أ): (يذكر).
(٢) في (ب): (عمراً).
(٣) في (أ): (أتاها). ينظر: الهداية: ٣/١٧٢.
(٤) ينظر: كشف الأسرار: ١/٣٣.
(٥) في (ب) و(ج): (بالملك).

(ومن) هو راكب **(في السرج أحق من الرديف)**(١)؛ لأن العادة جرت بأن المُلَّاك يركبون [في السرج، وغيرهم يركبون](٢) رديفاً، **(وصاحب الحمل أولى ممن علق كوزه)**(٣) بالضمير، أو تاء(٤) التأنيث **(عليها)**؛ أي: لو تنازعا في دابة ولأحدهما عليها حمل، وللآخر كوز معلق، فصاحب الحمل أولى(٥)؛ لأنه أكثر تصرفاً فيها، والكوز ـ بالزاء المعجمة ـ: ظرف الماء، ـ وبالراء(٦) المهملة ـ هو شيء يشبه الرِّجل يشد على الإبل للركوب(٧)، وفي بعض النسخ: ممن علق كوزها عليها، والضميران للدابة؛ أي: لو كان لأحدهما حمل على البعير، وللآخر كوز معلق على الحمل، فالأول أولى لما ذكرنا، **(والراكبان بلا سرج، أو فيه)**؛ أي: وكان كلاهما(٨) [راكبين](٩) في السرج، أو الإكاف(١٠) فهما **(سواء)**، ولا اعتبار للتقدم والتأخر؛ لأن تصرفهما سواء، فَيُقضى لهما بالدابة، والسرج نصفين.

(وكذا الجالس على البساط والمتعلق به)؛ يعني: لو تنازعا بساطاً وأحدهما جالس عليه، والآخر أخذ بطرفه؛ فهو لهما **(سواء)** لكن لا

---

(١) الرديف: (المرتدف) و(ردفه)؛ أي: تبعه. ينظر: لسان العرب: ١١٦/٩ مادة (ردف).

(٢) سقط من: (ج)، (يركبون) سقط من: (أ).

(٣) الكوز: بالضم من الأواني، يقال: إنه من كاز الشيء: إذا جمعه. ينظر: تاج العروس: ٣٠٨/١٥.

(٤) في (ب): (بالتاء).

(٥) ينظر: المبسوط: ٨٨/١٧، والهداية: ١٧٢/٣، والمحيط البرهاني: ١٣٥/٩، وفتح القدير: ٢٨/٨.

(٦) في (ج): (وبالزاء)، ينظر: تاج العروس: ٧٣/١٤ مادة (كور).

(٧) في (ج): (المركوب).

(٨) في (أ) و(ج): (كليهما).

(٩) في (ج): (راكبان).

(١٠) الإكاف: وهو من المراكب شبه الرحال والأقتاب. لسان العرب: ٨/٩ مادة (الأكف).

بطريق القضاء بل بحسب[(١)] اليد، فإن القعود[(٢)] على البساط ليس بيد، فاستويا، فعلى هذا في تنظير المصنِّف هذه المسألة لما قبلها نظر، **(ومن معه ثوب وطرفه مع آخر)**؛ أي: لو كان أكثر الثوب في يد رَجل، وطرف منه في يد آخر، فهما سواء[(٣)] أيضاً، [فيُقضى بينهما نصفان[(٤)]][(٥)].

(والحائط) المنازع فيه **(لمن جذوعه عليه)**؛ لأنه هو المستعمل له، **(أو اتصل)** [ذلك الحائط][(٦)] **(ببنائه اتصال تربيع)**: وهو أن يكون طرفاهما [متلاقيين][(٧)] على شكل زاوية مربع بحيث تكون لَبِناتُهما متداخلة، فتداخل اللَّبنات يدل على أن الحائطين قد بنيا معاً، فكان أولى، وإنما سُمي باتصال تربيع؛ لأن هذين الحائطين مع آخرين بحيطان لمكان مربع **(لا لمن [له][(٨)] عليه هرادِيّ)** ـ بضم الهاء وتشديد الياء ـ، جمع هردية، وقد يُقال: بالحاء[(٩)] المهملة، وهو نبطي[(١٠)] معرب؛ يعني: الخشبات التي توضع على الجذوع[(١١)]، **(بل الجاران فيه سواء)**؛ لأن الحائط إنما يُبنى للتسقيف، والتسقيف لا يمكن على الهرادي، فصار معدوماً حكماً.

(وإن كان لكل عليه ثلاثة جذوع): وهي الخشبات التي يوضع عليها

---

(١) في (أ): (يحسب).
(٢) في (أ): (العقود).
(٣) ينظر: المبسوط: ٨٩/١٧، والهداية: ١٧٢/٣، وفتح القدير: ٢٨١/٨.
(٤) في (ج): (نصفا).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) سقط من: (ب).
(٧) في النسخ: (متلاقيان).
(٨) سقط من: (ب) و(ج).
(٩) في (أ): (بالهاء).
(١٠) في (ب): (ينطي)، وفي (أ) و(ج): (تبطي).
(١١) في (ب): (الجدوع).

السقف (فبينهما)؛ أي: يقضى بنصفه لكل منهما، ولا اعتبار للزيادة، ولهذا قال المصنِّف: (ولا ترجيح بالأكثر منها)؛ أي: في[1] الثلاثة؛ لأنه لا ترجيح بكثرة الدلائل فينصف ضرورة؛[2] لأن معنى الجمعية في الثلاث وما فوقها واحد، ولم يرد نص ولا إجماع[3] لترجيح الأكثر، فبقي على الأصل.

(وإن كان لأحدهما) على الحائط المتنازع فيه (ثلاثة) جذوع، (وللآخر) عليه (أقل) من الثلاثة نحو جذع أو جذعين؛ (فهو لصاحب الثلاثة) بتمامه، (وللآخر موضع خشبة) من الحائط، وهذه العبارة يحتمل[4] أن يكون مدلولها ملكاً، أو وضعاً بناءً على اختلاف الرواية.

(ولو) كان (لأحدهما)؛ أي: (جذوع، وللآخر اتصال، فلذي الاتصال وللآخر حق الوضع، وقيل: لذي الجذوع، وذو بيت من دار كذي بيوت منها في حق ساحتها، ولو ادعيا أرضاً كل أنها في يده، وبرهنا؛ قضى بيدهما)، لأحد المدعيين على الحائط (جذوع)، وإن كثرت، (وللآخر اتصال)؛ [يعني: اتصال][5] التربيع كما بين آنفا، (فلذي الاتصال)؛ أي: يقضى به لصاحب الاتصال، (وللآخر حق الوضع)؛ أي: حق وضع الجذوع الموجودة عليه وقت التنازع، (وقيل) في رواية: إنه يقضى به (لذي الجذوع)؛ لأن له التصرف، ولذي الاتصال مجرد اليد، والتصرف أقوى من اليد.

ووجه الأول: ـ وهو رواية الطحاوي ـ[6]: أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد، ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله، ثم يبقي

---

(١) في (ب) و(ج): (من).
(٢) ينظر: المبسوط: ٨٧/١٧، والهداية: ١٧٣/٣، والمحيط البرهاني: ١٣٧/٩.
(٣) في (أ): (والإجماع).
(٤) في (أ): (محتمل).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: مختصر الطحاوي: ص٣٥٤.

للآخر حق وضع جذوعه[١]، وهذه الرواية صححها[٢] الجرجاني[٣].

(وذو بيت من دار كذي بيوت منها في حق ساحتها)، صورة المسألة: رَجل له بيت في دار، وآخر له تسع بيوت في تلك الدار مثلاً، فتنازعا في ساحتها؛ فهي بينهما نصفان؛ لاستوائهما في استعمالها كالمرور، ووضع الأمتعة، وكسر الحطب، والتوضؤ، ونحو ذلك فيها، ولامرجح لأحدهما إلا ببرهان، لكن لو خرجت[٤] البيوت مثلاً كان لكل منهما عرصةٌ[٥] ما بيده من البيوت قل أو كثر، **(ولو ادعيا أرضاً)** ليست في أيديهما، لكن يدعي **(كل)** واحد منهما **(أنها في يده، وبرهنا)** على دعواهما؛ **(قضى بيدهما)** على السوية[٦]، **(وإن برهن أحدهما)** [وحده][٧] ولم يُبرهن الآخر، **(أو كان)** أحدهما **(لَبن فيها)**؛ أي: اصطنع فيها [أ/٣١٨] لَبناً[٨]، أو آجراً[٩] **(أو بنى)** فيها بنياناً، **(أو حفر)** فيها بئراً، أو مسيلاً[١٠] للماء، أو خندقاً[١١] حولها، أو غرس فيها أشجاراً **(قضي بيده)**؛ أي: حكم له بأنها في يده؛ لوجود تصرفه فيها واستعماله لها، فكان ذلك مرجحاً بجعلها في يده، فيحكم[١٢] له بذلك

---

(١) ينظر: المبسوط: ٨٨/١٧، والهداية: ١٧٣/٣، والبناية شرح الهداية: ٤١١/٩.
(٢) في (ج): (صححا).
(٣) الجرجاني: محمد بن يحيى بن مهدي، أبو عبد الله الجرجاني، الفقيه الحنفي، من علماء العراق، كان زاهداً عابداً، نظيراً لأبي بكر الرازي، ومن أكبر تلامذته، (ت: ٣٩٨هـ)، ودفن إلى جانب قبر أبي حنيفة (رَحِمَهُ اللهُ). ينظر: الوافي بالوفيات: ١٢٧/٥، الجواهر المضية: ١٤٣/٢، تاريخ الإسلام: ٧٩٠/٨.
(٤) في (ج): (خربت).
(٥) في (ب) و(ج): (عرصته).
(٦) في (ب): (التسوية).
(٧) سقط من: (أ).
(٨) اللَّبِنُ: ما يُعمَلُ من الطين ويُبنى به. ينظر: المصباح المنير: ٥٤٨/٢.
(٩) الآجُرّ: اللَّبِنُ إذا طبخ. ينظر: المصباح المنير: ٥/١.
(١٠) في (ب): (سبيلاً).
(١١) في (ب) و(ج): (خندق).
(١٢) في (ج): (فبحكم).

فقط[(١)] لا بكونها مِلْكاً له، أما الأول؛ فلأن اليد حق مقصود، وقد قامت الحجة عليها، وأما الثاني؛ فلعلها لغيرهما، وقد اتفقا على ما فعلاه، فالاحتياط عدم الحكم مع حصول المراد بالحكم باليد، ولو لم يبرهنا ولم يكن لأحدهما جهة رجحان كما ذكرنا، فإنه لا يلتفت إلى دعواهما، ولا يحكم لهما باليد أيضاً، وهذا لم يذكره المصنِّف، والصواب ذكره[(٢)].

رَجل **(في يده صبي يُعَبِّر عن نَفْسه)**؛ أي: يتكلَّم ويَعْلَم فحوى ما يقول، فلو **(قال)**؛ أي: الصبي: **(أنا حُر)**، وأنكر صاحب اليد، **(فالقول له)**؛ أي: للصبي؛ لأنه حُر تبعاً للدار، **(وإن قال)** الصبي العاقل: **(أنا عبد لفلان)**؛ يعني: غير ذي اليد، وذو اليد يدعي أنه عبده، **(فهو عبد لذي اليد)**؛ لأنه أقر بالعبودية، لكن أسندها إلى من لا يصح إقراره له، فيكون لذي اليد بحكم اليد، **(وكذا من لا يُعَبِّر عن نفسه)** يكون لذي اليد؛ لعدم دعوى الحرية، وكون الصبي بمنزلة المتاع، **(فلو ادعى)** الصبي **(الحرية عند كِبَره)**؛ أي: بعد بلوغه؛ **(لا يُقبل)** قوله **(بلا حجة)** حيث تأكد فيه حكم الرقبة، فلا ينتفي عنه إلا بسبب[(٣)].

❊ ❊ ❊

باب دعوى النسب

(ولدت) أمة **(مبيعة)** في يد المشتري **(لأقل من نصف سَنَة)**؛ أي: لأقل من ستة أشهر **(منذ بيعت، فادعاه البائع، فهو)**؛ أي: الولد الذي ولدته المبيعة **(ابنه)**، الأولى أن يقول: (ولده)؛ لما لا يخفى، **(وهي)**؛ [أي][(٤)]:

(١) ينظر: الهداية: ٣/١٧٣، وفتح القدير: ٨/٢٨٩ وما بعدها.
(٢) ينظر: مجمع الأنهر: ٦/٣٥٨.
(٣) ينظر: الهداية: ٣/١٧٢، وفتح القدير: ٨/٢٨٣.
(٤) سقط من: (أ) و(ج).

المبيعة (أم ولده، و)حينئذ (يفسخ[١] البيع) فيها؛ لعدم جوازه، فيأخذها أينما وجدت، (ويرد) البائع (الثمن) على المشتري؛ لأنه قبضه بغير حق، وإن كانت انتقلت عن المشتري بالغاً ما بلغت يترادون[٢] الأثمان إلى أن يصل الأمر إلى البائع الأول صاحب الدعوة.

(وإن) ـ [وصلية][٣] ـ (ادعاه المشتري مع دعوته أو بعدها)؛ أي: يكون الولد للبائع؛ لأن دعوة البائع [الأول][٤] أسبق؛ لاستنادها إلى وقت العلوق، ودعوة المشتري دعوة استيلاد مجردة والأُولى أَولى، وهذا استحسان، وقال زفر والشافعي: لا تصح دعوة البائع[٥]؛ لأن إقدامه على البيع اعتراف منه بأنه عبد، فكان في دعواه إياه مناقضاً، ولا نسب بدون الدعوى، ولنا ـ وهو وجه الاستحسان ـ: بأن اتصال العلوق بمِلْكه شهادة ظاهرة على كونه منه؛ إذ[٦] الظاهر عدم الزنا من الجارية، ومبنى النسب[٧] على الخفاء، فيعفى التناقض فيه[٨].

(وكذا) الحكم (لو ادعاه)؛ أي: ادعى البائع ذلك الولد (بعد موت الأم، أو) [بعد][٩] (عتقها)؛ لأن الولد هو الأصل في النسب، فلا يضره موت التبع، (ويرد حصته) [الولد][١٠] (من الثمن في العتق، وكل الثمن في الموت) هذا عند أبي حنيفة؛ أي: لو كان البائع ادعى الولد بعد عتق المشتري أمه يرد البائع عليه حصة الولد من الثمن [في العتق][١١]، ولو

---

(١) في (أ): (بفسخ).
(٢) في (أ): (يزادون).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) سقط من: (أ) و(ب).
(٥) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ١٣١/١١ ـ ١٣٢، والهداية: ١٧٤/٣.
(٦) في (أ) و(ج): (إذا).
(٧) في (أ): (السبب).
(٨) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٨، والهداية: ١٧٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢٤/٢.
(٩) سقط من: (أ) و(ج).
(١٠) سقط من: (أ) و(ب).
(١١) سقط من: (أ) و(ب).

ادعاه بعد موتها يرد كل الثمن، (وقالا: حصته فيهما)؛ أي: يرد حصة الولد فقط في الصورتين، وجه قولهما ظاهر؛ لأنه تعذر رد الأم إلى البائع، فتسقط حصتها عنه، والولد له، فيأخذه، فيلزمه حصته[1] فقط.

ووجه قول أبي حنيفة ـ على هذه الرواية ـ: إن المشتري بإعتاق الأم ضمن حصتها، فليس له [إلا][2] حصة الولد فقط، وفي صورة موتها لم يكن [له][3] مدخل ولا صنع فيها، فيسترد جميع الثمن[4]، لكن صاحب الهداية صحح أن البائع يرد كل الثمن في الصورتين عند أبي حنيفة، وحصة الولد فقط عندهما؛ وذلك لأن أم الولد غير متقومة عنده، [فلا يضمن المشتري قيمتها][5]، فيسترد[6] كلَّ ما أعطاه للبائع، وعندهما: [هي][7] متقومة، فيضمن المشتري حصتها حيث لم يقدر على ردها، أما في صورة موتها؛ فظاهر، وأما في صورة عتقها؛ فقد صارت حرة، ولا سبيل لأحد عليها، وإذا لم يقدر على ردها يضمن ثمنها كما في صورة الغصب، فيسقط عن البائع حصتها من الثمن[8].

(ولو ادعاه بعد موته، أو أعتقه ردت) دعواه؛ أي: لو كان ولد المبيعة مات، أو أعتقه المشتري، ثم ادعاه البائع بعد ذلك؛ لم تسمع دعواه، ولا يثبت نسب الولد بعد موته؛ لعدم احتياجه إليه.

(ولو ولدت) المبيعة (لأكثر من نصف سَنَة، وأقل من سنتين) من وقت البيع، فادعاه[9] البائع، فينظر (إن صدّقه المشتري) في دعواه الولد؛

---

(١) في (أ): (حصة).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ): (القن).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (ب): (فيرد).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) ينظر: مختصر الطحاوي: ص٣٥٥، والهداية: ١٧٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢٥/٢.
(٩) في (أ): (فاد).

(فالحكم) في ثبوت نسب الولد وأمومية أمه **(كالأول)**، وهو ما إذا ولدت لأقل [من][١] نصف سَنَة **(وإلا)**؛ أي: وإن لم يصدقه المشتري؛ **(فلا يثبت)** نسب ولا استيلاد[٢]، وأما إذا صدقه المشتري؛ فلأنه يحتمل أن يكون العلوق في مِلْك البائع، وقد بين في محله أن أكثر مدة الحمل سنتان، وحيث تصادقا على الدعوة يثبت نسب الولد من البائع، وتصير أمه أم ولد له، وأما إذا كذبه؛ فلاحتمال كون العلوق صدر بعد البيع، فلا يثبت النسب، ولا [ما][٣] يتبعه[٤].

(وإن) كان البائع ادعى الولد **(لأكثر من سنتين)**؛ [أي][٥]: بعد مضي سنتين من وقت البيع **(لا تصح دعوته)**؛ لأن العلوق[٦] حادث بعد البيع، ولا يستند إلى ما قبل البيع، **(فإن صدقه)**؛ أي: البائع **(المشتري ثبت نسبه)**؛ أي: نسب الولد؛ إذ عدم ثبوته لرعاية حقه، وإذا صدقه زال ذلك المانع، **(وحمل على النكاح)**؛ أي: يحمل على أن البائع استولدها بحكم[٧] النكاح حملاً للأمر على الصلاح، **(و)**لكن **(لا يرد البيع ولا يعتق الولد)** بل يبقى عبداً للمشتري، وأمه جارية مملوكة له؛ لأن العلوق لم يكن في مِلْك البائع، فلا يثبت حقيقة العتق في الولد، ولا حقه في أمه[٨].

(وإن باع) رَجل **(عبداً ولد عنده)** من جاريته، **(ثم ادعاه)**؛ أي: ادعى أنه ابنه **(بعد بيع مشتريه)** إياه **(صحت دعوته إياه)** وحكم بأنه ابنه،

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) في (أ): (والاستيلاد).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٨، والهداية: ١٧٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢٥/٢.
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (أ): (العلوى).
(٧) في (أ): (يحكم).
(٨) ينظر: الهداية: ١٧٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢٥/٢.

(ويرد[١] بيع مشتريه) إياه، ولو كان المشتري الثاني باعه أيضاً يرد بيعه، وهلمّ جراً يبطل البيع فيه بالغاً ما بلغ؛ وذلك لأن البيع عقد يحتمل النقض، ودعوة النسب حق لا يحتمل النقض، فينقض البيع لأجل ثبوت النسب.

(وكذا لو كاتبه المشتري، أو كاتب أمه، أو رهن) واحداً منهما أو كليهما، (أو آجر) واحداً منهما أو كليهما[٢]، (أو زَوَّجها)؛ أي: زَوَّج المشتري جارية[٣]، (ثم كانت الدعوة) المذكورة؛ أعني: ذلك [٣١٩/أ] العبد ولده؛ (صحت) الدعوة؛ لما مر من احتياج العبد إلى النسب، (ونقضت هذه التصرفات) المذكورة من الكتابة، والرهن، والإجارة، والتزويج؛ لأنها أمور عارضة على الرق، وهي تحتمل النقض، [فينقض][٤] ذلك كله، وتصح الدعوة، فيثبت النسب في الابن وأمومية الولد في أمه[٥].

(ولو باع أحد توأمين) ولداً (عنده)[٦]؛ يعني: أن جاريته ولدت عنده توأماً فباع أحدهما، (فأعتقه مشتريه، ثم ادعى البائع الآخر)؛ [أي: ادعى البائع][٧] أن أحد التوأمين[٨] الذي بقي عنده ولده؛ (ثبت نسبهما منه)؛ أي: صار [التوأمان][٩] ولديه، (وبطل عتق المشتري) في الذي أعتقه؛ لأن التوأمين يخلقان من ماءٍ واحد؛ لأن هذا اللفظ وضع اسماً لولدين بين ولادتيهما أقل من ستة أشهر، فيستحيل كون الثاني من ماء آخر، ومن

---

(١) في (ب) و(ج): (ورد).
(٢) في (أ) و(ج): (كلاهما).
(٣) في (أ) و(ج): (الجارية).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) ينظر: الهداية: ١٧٥/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢٦/٢.
(٦) سقط من: (ج).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (أ): (توأمين) وسقطت من: (ج).
(٩) في النسخ: (التوءمين) وهو خطأ نحوي.

ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر، فيكون حر الأصل، وظهر أن الشراء والعتق من المشتري صادق حر الأصل، فيبطلان[١].

(ومن في يده صبي)؛ أي: ولد صغير مجهول النسب (لو قال) ذو اليد: (هو)؛ أي: هذا الصبي (ابن زيد) ولد على فراشه، (ثم قال) ذو اليد: (هو ابني لا يكون ابنه) أبداً، (وإن) ـ وصلية ـ (جحد زيد بُنُوّته)؛ أي: لا يصح دعوته إياه بعد ما اعترف [أنه][٢] ابن زيد سواء اعترف به زيد[٣] أو جحد، وهذا عند أبي حنيفة، قوله: (في يده) قيد اتفاقي؛ إذ كونه في يده ليس بشرط.

(وعندهما: تصح) الدعوة المذكورة، ويثبت نسبه منه (إن جحد) زيد أنه ابنه، وعلى هذا الخلاف لو قال: هو ابن عبدي الغائب، ثم عاد وقال: هو ابني، لهما: إن إقراره لزيد يرتد برد زيد إياه، فصار كأن لم يكن؛ لأن الإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن لم يحتمل النقض.

وله[٤]: إن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته، والإقرار بمثله لا يرتد بالرد، وبرد زيد إقراره لا يبطل في حق المقر مع أنه تعلق به حق زيد بحيث لو رجع بعد التكذيب يثبت النسب منه، (ولو كان) الصبي (في يد مُسْلم و)في يد[٥] (ذمي، فادعى المُسْلم رقه)؛ أي: أن الصبي رقيق له، (والكافر) ادعى (بنوته)؛ أي: أنه ابنه (فهو حُر)؛ أي: يحكم بأنه حر، وقوله: (ابن الكافر) بدل من حر.

فإن قيل: الإسلام يعلو ولا يُعلى [عليه][٦]، ولو حكم به للمُسْلم؛

---

(١) ينظر: الهداية: ١٧٥/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٢٦/٢.
(٢) سقط من: (أ).
(٣) في (ج): (زيد اعترف به).
(٤) في (ب): (ولأن).
(٥) ينظر: مجمع الأنهر: ٣٦٨/٦.
(٦) سقط من: (أ) و(ج).

لكان مسلماً، وهو أولى من كونه كافراً ابن كافر؟ قلنا: نعم كان يحصل له شرف الإسلام، لكن ذلك مشوبٌ بذلة الرق مع أن [في][(١)] كونه ابناً للذمي أوفر النظرين؛ لأنه ينال شرف الحرية عاجلاً، وشرف[(٢)] الإسلام آجلاً؛ إذ دلائل التوحيد قائمة، وفي عكسه يكون الإسلام تبعاً، ويحرم من الحرية؛ لأنه ليس في وسعه اكتسابها، ولو كانت دعواهما البنوّة[(٣)]، فالمسلم أولى؛ ترجيحاً للإسلام، وفيه أوفر النظرين، ثم إن الحكم المذكور إذا كانت دعواهما معاً، أما لو سبق المسلم؛ فإنه يحكم له به، ويصير عبداً له مسلماً، ولا تسمع دعوى النصراني البنوة[(٤)] بعد ذلك[(٥)].

(ولو كان) الصبي (في يد زوجين)، فاختلفا فيه، (فزعم)؛ أي: قال الزوج: (أنه ابنه من غيرها)؛ أي: من غير تلك المرأة، (وزعمت) هي (أنه)؛ أي: الصبي (ابنها[(٦)] من غيره)؛ أي: من غير الزوج (فهو ابنهما)؛ أي: يكون نسبه ثابتاً منهما بذلك؛ لأنه لما كان في أيديهما ولا معارض لهما، فالظاهر أنه منهما، ثم كل [واحد][(٧)] منهما يدعي إبطال حق الآخر، فلا يصدق هذا إذا كان الصبي لا يعبر عن نَفْسه، أما إذا عبر فالقول قول الصبي أيهما[(٨)] صدق يثبت[(٩)] نسبه منه بتصديقه.

(ولو استولد مشتراته، ثم استحقت)؛ يعني: اشترى جارية وولدت عنده، فادعاه، ثم إن الجارية ظهر لها مستحق (فالولد حُر) لا سبيل للمستحق عليه، (وعلى الأب قيمته يوم الخصومة)؛ يعني: يأخذ المستحق

(١) سقط من: (ب).
(٢) في (أ): (أو شرف).
(٣) في (أ): (البنونة)، وفي (ج): (البينونة).
(٤) في (ب) و(ج): (النبوة).
(٥) ينظر: مختصر الطحاوي: ص٣٥٦، والهداية: ١٧٦/٣.
(٦) في (ب): (أنها).
(٧) سقط من: (أ) و(ب).
(٨) زيد في (ب) ـ في هذا الموضع ـ (في).
(٩) في (أ) و(ب): (ثبت).

الجارية وقيمة الولد من أبيه؛ لأنه ولد المغرور(١)؛ وذلك لأن المغرور هو من يطأ امرأة معتمداً على مِلْك يمين أو نكاح، فتلد منه، ثم تستحق تلك المرأة، وولد المغرور حر بإجماع الصحابة(٢)، ولأن النظر من الجانبين واجب، فيجعل الولد حر الأصل نظراً له ولأبيه، ويحكم بالقيمة نظراً(٣) للمستحق؛ لأنه جزء مِلْكه، فلا يخرج عنه إلا بقيمته.

(فإن مات الولد) المذكور تفريع على قوله: (يوم الخصومة)؛ **(فلا شيء على أبيه)**؛ لأنه لم يمنعه، ولزوم القيمة إنما يكون بالمنع **(وتَرِكتهُ له)**؛ أي: يرث الأب دون [مولى](٤) أمه؛ لأن الإرث ليس ببدل عنه ليستحقه المستحق، بل هو حر الأصل في حق أبيه، والأب عصبته النسبية، فيكون مقدّماً على المولى، **(وإن قتله الأب غرم(٥) قيمته)** لمولى أمه؛ لأنه حصل منه المنع بسبب قتله، فكان بصنعه، فيلزمه القيمة، **(وكذا إن قتله غيره، فأخذ ديته)**؛ أي: لو قتل أحد ذلك الولد، وأخذ أبوه ديته من القاتل، فعليه قيمته لمستحق أمه(٦)؛ لأن سلامة(٧) بدله؛ أعني: الدية كسلامة نَفْسه؛ لأنها قائمة مقامه، ومنعها(٨) كمنع نفس الولد، **(ويرجع**

---

(١) المغرور: هو الرَّجل الذي يتزوج امرأة على أنها حرة، فتظهر مملوكة. ينظر: لسان العرب: ١٩/٥، العناية شرح الهداية: ٢٩٨/٨، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير: ص٤٠٣.

(٢) ينظر: المبسوط: ١١٦/٥، بدائع الصنائع: ٢٤٦/٦، الهداية: ١٧٧/٣، وكون ولد المغرور حراً دليله إجماع الصحابة غَرَّبه الزيلعي وغيره، وأوردوا بعض الآثار عن بعض الصحابة بخلاف ذلك، لكن نقل الإمام أحمد عدم الخلاف في أنه حُر. ينظر: نصب الراية: ١٤٦/٤، الدراية: ١٩٢/٢، شرح مختصر الطحاوي للجصاص: ٢٤٥/٨.

(٣) في (أ): (نظر).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) في (ج): (عزم)، وفي (ب): (غيره).

(٦) في (ج): (قيمة المستحق لأمه).

(٧) في (ب): (سلامته).

(٨) في (ج): (ومنيعها).

بقيمته وبالثمن على بائعه)؛ يعني: إذا أخذ المستحق الجارية وقيمة ولدها من المستولد؛ يرجع المستولد على بائعه بقيمة الولد وثمن الجارية؛ لأنه ضمن له سلامة المبيع بجميع أجزائه، والولد جزء من الجارية، فيضمنه **(لا)**؛ أي: لا يرجع المستولد **(بالعُقر)**[١] على البائع؛ لأنه إنما لزمه باعتبار ما استوفاه من المنافع، وفيه خلاف الشافعي[٢][٣].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) العقر: هو مهر الجارية إذا وطئت عن شبهة؛ أي: ما يؤخذ من الواطئ ثمناً لبضعها. ينظر: طلبة الطلبة: ص٤٥، لسان العرب: ٦/٢٦٣.

(٢) في (ج): (ومنيعها).

(٣) ينظر: الوسيط في المذهب: ٤/١٢٣.

كتاب الإقرار

هو في اللغة: مصدر؛ بمعنى: التسكين والإثبات، يقال: قرّ[١] فلان بالمنزل[٢]، إذا سكن وثبت[٣]، وفي الشرع: هو اعتراف يصدر من المقر يظهر به حق ثابت، فيسكن قلب المقر له بسبب ذلك[٤]، وهو [معنى][٥] قول المصنِّف: (وَهُوَ إخبارٌ بحقٍّ لآخر[٦] على نَفْسه)؛ أي: نَفْس المخبر، وقد سبق: أن الإخبارات ثلاث: وذلك إما أن يكون: بحق له على الغير وهو الدعوى، أو بحق للغير على الغير وهو الشهادة، أو بحق للغير على نفسه وهو الإقرار.

(ولا يصحُّ) الإقرار (إلَّا لمعْلُومٍ، وحُكمُه)؛ أي: حكم الإقرار (ظُهُورُ المقَرِّ بِهِ لا إنشاؤه)؛ أي: لإثباته ابتداءً؛ لأنه لما كان إخباراً: وهو إنما وضع ليدل على الوقوع لا على الإيقاع، كان عبارة عن الإعلام بشيء قد وقع، ولهذا قيل: إنه حجة مظهرة للحق ملزمة للحال[٧]، وإذا لم يكن

(١) في (أ): (أقر).
(٢) في (ج): (بالمنزلة).
(٣) ينظر: القاموس الفقهي: (١/ ٢٩٩)، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: (١/ ٢٦٤).
(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٢٧).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (الآخر).
(٧) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٢٧)، حاشية الطحطاوي: (٣/ ٣٢٦)، المغني: (٥/ ١٤٩)، كشاف القناع: (٦/ ٤٥٣).

الإقرار إنشاء؛ (فصحَّ الإقرارُ بالخمر للمُسْلم)، ولو كان إنشاء[(١)] لم يصح؛ لعدم جواز تمليك الخمر إياه؛ يعني: لَو أقر أن لهذا عَلَيَّ مقدار كذا من الخمر؛ يصح إقراره، ويلزمه قيمته؛ لأنَّ الخمر في نَفْسه مال يجري فيه الحكم، كما لو جعل مهراً، (لا)؛ أي: لا يصح الإقرار (بطلاقٍ وعَتَاقٍ مكرهاً)؛ لقيام دليل الكذب وهو الإكراه، ولو كان إنشاء؛ لكان هذا الإقرار صحيحاً؛ إذ عندنا يصح إنشاؤهما من المكره، ولا يخفى أن قوله: (لا إنشاؤه) تأكيد وبيان لقوله: (ظهور المقر به)، فلا وجه لجعل صحة الإقرار بالخمر تفريعاً على ظهور المقر به، وعدم صحته بالطلاق على عدم كونه إنشاء كما زعمه بعض[(٢)] [أ/٣٢٠]، (وإذا أقرَّ حرٌّ مكلَّفٌ) طائعاً (بحقٍّ معلوم) ذاتاً ووصفاً.

أما شرط الحرية[(٣)]، فإنما هو: لصحة الإقرار مطلقاً، فإن العبد المأذون وإن كان كالحر في حق الإقرار، لكن المحجور لا يصح إقراره بالمال، وإن كان يصح بالحدود والقصاص، فكان إقراره يصح في حال دون حال، فاشترط الحرية؛ ليصح الإقرار مطلقاً، والمراد من التكليف ههنا: العقل والبلوغ، واشتراطهما؛ لأن [إقرار][(٤)] الصبي والمجنون غير لازم؛ لانعدام الأهلية إلا إذا كان الصبي مأذوناً له؛ لأنه يكون حينئذ ملحقاً بالبالغ بحكم الإذن، ولو قال المصنِّف بدل (مكلف): (عاقل بالغ)؛ لكان أظهر، لكنه قصد الاختصار بناء على ظهور المراد[(٥)].

(أو) أقر بحق (مجهول كشيء وحق) بأن قال لفلان: عليّ شيء، [أو حق][(٦)] (صح) إقراره (ولزمه)؛ أي: المقر (بيان المجهول)؛ يعني: لو أقر بحق مجهول يلزمه بيانه، وإن امتنع يجبر على ذلك؛ لأن التجهيل حصل

---

(١) في (أ): (لإنشاء).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٩٦/٨، وقال: كذا في المحيط.

(٣) سقط من: (ب) و(ج).

(٤) في (أ) و(ج): (الإقرار)، وسقط من: (ب).

(٥) ينظر: الهداية: (١٧٨/٣).

(٦) سقط من: (ج).

منه، فيلزمه الخروج عما التزمه بصريح إقراره، وذلك إنما يكون بالبيان (بما له قيمة)؛ لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته، وما لا قيمة له لا يجب فيها، فيكون ذلك رجوعاً عن الإقرار، (والقول قوله)؛ أي: قول المقر (مع يمينه) إن أقر بمعلوم، أو مجهول[(١)]، وبيَّن مقداره ([إن][(٢)] ادَّعى[(٣)] المقرُّ له أكثر) من ذلك؛ لأن اليمين على المنكر[(٤)]، والمقر [له][(٥)] في ذلك الحال يكون منكراً، فيصدق بيمينه.

(وفي مال لا يصدَّق في أقل من درهم)؛ أي: لو قال له: عليَّ مال، ثم بيَّن بنصف درهم ـ مثلاً ـ؛ لا يُصدق ما لم يبين بدرهم فصاعداً؛ لأن المال اسم لما يتمول به، فيصدق في بيانه بقليله وكثيره، لكن ما دون الدرهم لا يعد مالاً عرفاً[(٦)].

(ومال عظيم نصاب مما بيَّن به)؛ أي: لو قال له: عليَّ مال عظيم، لم يصدق في أقل من نصاب من جنس ما بين به (فضَّة، أو غيرها)؛ لأنه أقر بمال موصوف، فلا يجوز إلغاء الوصف، والنصاب عظيم؛ إذ به تجب الزكاة، ويعد مالكه به غنياً، فلو قال: من الدراهم، لا يصدق في أقل من مئتي[(٧)] درهم، ولو قال: من الدنانير لا يصدق في أقل من عشرين ديناراً، (ومن الإبل خمس وعشرون)؛ أي: لو قال له: عليّ مال عظيم، ثم فسَّره بأنه من الإبل، لم يصدق في أقل من خمس وعشرين، ومن البقر ثلاثين، ومن الغنم أربعين؛ لأنه أدنى نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه[(٨)].

---

(١) في (ب): (بمجهول)، وفي (ج): (وبمجهول).
(٢) سقط من: (ب) و(ج).
(٣) في (ب) و(ج): (وادعى).
(٤) ينظر: الهداية: (٣/ ١٧٨)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٢٩).
(٥) سقط من: (ب) و(ج).
(٦) ينظر: الهداية: (٣/ ١٧٨)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٢٩).
(٧) في (ب): (ما في).
(٨) ينظر: الهداية: (٣/ ١٧٩)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٢٩).

(ومن البُرِّ)؛ أي: الحنطة (خمسة أوسُق)[١] فلو قال له: عليَّ مال عظيم من الحنطة، لم يصدق في أقل [منها][٢]؛ لأنه هو المقدر[٣] بالنصاب [عندهما][٤]، وعند أبي حنيفة: يرجع إلى بيان المقر مع اعتبار العرف والعادة، (ومن غير مال[٥] الزكاة لزمه قيمة النِّصاب)؛ أي: لو أقر بمال عظيم مما لا تجب فيه الزكاة؛ لا يصدق في أقل مما تبلغ [قيمته][٦] نصاباً، أما من الدراهم، أو الدنانير يقوم بما هو أروج، أو أكثر وجوداً.

[(و)لو قال: له عليَّ][٧] (أموال[٨] عظامٌ) لزمه (ثلاثة نصب) من نوع سَمَّاه، أو قيمتها، فلا يصدق في أقل منها؛ اعتباراً لأدنى الجمع؛ لأنه متحقق، فيصار إليه حتى يقوم دليل على غيره، (و)لو قال له: عليَّ (دراهم) مطلقاً فهي (ثلاثة)، فلا يصدق في أقل من ثلاثة دراهم؛ لأنها أقل أفراد[٩] الجمع، وينصرف إلى الوزن المعتاد في ذلك البلد، وكذا لو أقر بدنانير مطلقاً، بل كل معدود فهو بهذا الحكم؛ لما ذكرنا.

---

(١) الوسق: مكيلة معلومة، وهي ستون صاعاً بصاع النبي ﷺ، وهو خمسة أرطال وثلث. والوسق على هذا الحساب: مئة وستون مَنّاً، ومقداره العصري=٦٠صاعاً، والصاع=١٢٧٦غم الوسق=٦٠ * ١٢٧٦=١٣٠٥٦٠غم. ينظر: تهذيب اللغة: (٩/ ١٨٦)، لسان العرب: (١٠/٣٧٨)، الإيضاحات العصرية للمقاييس والمكاييل والأوزان والنقود الشرعية: (ص١٢٨).

(٢) سقط من: (أ).

(٣) في (ب): (المقدار).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) في (أ) و(ج): (مال غير).

(٦) سقط من: (ب).

(٧) سقط من: (ب).

(٨) في (ب): (وأموال).

(٩) في (أ): (أفراداً).

(و)لو قال: له عليَّ (دراهم كثيرةٍ) [فهي][١] (عشرة) دراهم؛ فلا يصدق في أقل منها، (وعندهما: نصاب)[٢]؛ أي: لم يصدق في أقل من مئتي درهم التي هي نصاب الدراهم؛ لأن صاحب النصاب مكثر[٣] حتى لزمه[٤] مواساة غيره، بخلاف ما دونه، ولأبي حنيفة: إن المعتبر [هو][٥] أقصى الجمع، والعشرة أقصى[٦] ما ينتهي اليه اسم الجمع، يقال: عشرة دراهم، ثم يقال: أحد عشر درهماً، فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ، فينصرف[٧] إليه.

(و)لو قال: له[٨] عليّ (كذا درهماً) لزمه (درهم) واحد؛ لأن لفظ كذا مبهم، ودرهماً تفسيره، فيحمل عليه، (و)لو قال: له عليّ (كذا كذا) درهماً بغير واو لزمه (أحد عشَر)؛ لأن كذا كذا كناية عن العددين، وأقل العددين يذكران بغير واو أحد عشر، (وإن ثلَّث) لفظة[٩] (كذا) بغير واو، (فكذلك)؛ [أي][١٠]: لزمه أيضاً أحد عشر؛ إذ لا نظير له في ألفاظ العدد، فحمل[١١] الأخير على التكرار والتأكيد.

(و)لو قال: له عليَّ (كذا وكذا) درهماً بواوٍ واحدة لزمه[١٢] (أحدٌ وعشرون) درهماً؛ لأن أقل العددين يذكران بالواو أحد وعشرون، (وإن

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: الهداية: ٣/ ١٧٩، الاختيار لتعليل المختار: ٢/ ١٢٩.
(٣) في (ب): (كثر).
(٤) في (ب): (لزم).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (أ): (اقضى).
(٧) في (ب): (فيصرف).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) في (ب): (لفظ).
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) في (ب): (فيحمل).
(١٢) في (ب): (لزم).

ثلّث) قوله: (كذا) مع الواوين بينهما بأن يقول: (كذا وكذا) ثلاث مرات (زِيد مئة)؛ أي: يزاد[١] على الأحد وعشرين[٢] مئة[٣]؛ لأنها نظيرة الثلاث من المعلوم، كما يقال: مئة وأحد وعشرون، (وإن ربَّع) لفظة (كذا) مع تثليث الواو بأن يقول: كذا وكذا، وكذا وكذا (زِيد ألف) على العدد الذي قبله؛ فلا يصدق في أقل من ألف ومئة وأحد وعشرين؛ لأنها نظيرها[٤].

والحاصل: [أنه][٥] يحمل كل لفظ من المبهم على الأقل من نظيره من المعلوم؛ لأنه مختص إلا أن يقوم دليل على أكثر منه، هذا في المعدودات [بأفرادها، وأما المعلومات][٦] بمقاديرها؛ فتقاس على هذه[٧]، ويقام كل مقدار بمقام فرد، فلذلك قال المصنِّف: (وكذا كلُّ مكيلٍ أو موزونٍ)، فلو قال له[٨]: عليَّ كذا صاعاً من الحنطة، أو غيرها من المكيلات؛ لا يصدق في أقل من صاع، ولو قال: كذا كذا؛ فهو أحد عشر صاعاً، وكذا وكذا أحد وعشرون، وكذلك لو ثلَّث أو ربَّع، وفي الموزون مثلاً له كذا[٩] رطل زيتاً فهو رطل، وكذا كذا رطلان، وكذا إذا ثلَّث أو ربَّع يقاس كل على نظيره، ويحمل على الأقل منه إلى أن يظهر خلافه.

(وبشركٍ في عبدٍ)؛ أي: لو أقر بأن لهذا شرك معي لهذا العبد؛ (فهو نصفٌ عند أبي يُوسف)؛ أي: يحكم للمقر له بنصف العبد، (وعند محمَّد:

---

(١) في (ب): (يزداد).

(٢) في (ج): (وعشرون).

(٣) ينظر: الهداية: (٣/١٧٩)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/١٢٩ ـ ١٣٠).

(٤) في (أ): (نظيرهما).

(٥) سقط من: (أ).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) ينظر: الهداية: (٣/١٧٩)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/١٣٠).

(٨) سقط من: (ب).

(٩) في (ج): (عليَّ كذلك).

يؤمر بالبيان)، له: إن الشرك يذكر ويراد به: النصيب، وقد يراد به: الشرك[١] مطلقاً، فكان مبهماً، والبيان لازم لمن[٢] أبهم، ولأبي يوسف: إنه يطلق ويراد به الشركة لغة[٣].

(وقوله: عليَّ أو قِبَلِي إقرارٌ بدَين)؛ يعني: إذا قال له: عليَّ من المال كذا[٤]، أو قبلي؛ كان إقراراً بالدَّين؛ لأن صيغة عليَّ للإيجاب[٥] والإلزام، وقبلي ينبئ عن الضمان، يقال: قبل فلان [من فلان][٦]؛ أي: ضمن، ومحلهما الذمة، والثابت فيها الديون لا الأعيان، (وإن[٧] وصل)؛ [أي][٨]: المقر بلا تراخ (به)؛ أي: بقوله: عليَّ أو قبلي كذا قوله: (هو وديعةٌ صُدِّق) المقر؛ إذ[٩] اللفظ[١٠] يحتمل الإيداع على حذف مضاف، أو تجوز بذِكر المحل، وإرادة المتعلق به؛ أي: على حفظه، (وإن فصل) عنه قوله: (هو وديعة) (لا) يفيد؛ إذ المعتبر موصولاً لا مفصولاً [أ/٣٢١] كالاستثناء[١١] والتخصيص[١٢].

(و) قوله: له كذا (عندي أو معي، أو في بيتي، أو في صندوقي، أو في كيسي) كل من [هذه][١٣] الألفاظ إذا أقر بها نحو[١٤]: له عندي كذا،

---

(١) في (أ) و(ج): (الشركة).
(٢) في (أ) و(ب): (لم).
(٣) ينظر: الجيم: (٢/ ١٤٢)، الصحاح: (٤/ ١٥٩٤).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) في (ب): (الإيجاب).
(٦) سقط من: (أ) و(ج).
(٧) في (ب): (فإن).
(٨) سقط من: (ب).
(٩) في (أ) و(ج): (إذا).
(١٠) في (أ): (لفظ).
(١١) في (أ): (كالإنشاء).
(١٢) ينظر: المبسوط: (١٨/ ١١ ـ ١٢)، الهداية: (٣/ ١٧٩)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٣٠).
(١٣) سقط من: (ب).
(١٤) في (ب): (بنحو).

أو: له معي كذا إلى آخرها؛ فذلك الإقرار (إقرارٌ بأمانةٍ)؛ لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده، واليد تتنوع إلى يد؛ أعني: ضمان، ويد أمانة، فيثبت أقلهما؛ أعني: الأمانة.

(ولو قال لمن ادَّعى عليه ألفاً: اتَّزِنْها)؛ أي: ضعها في الميزان ليظهر هل[١] تامة أو ناقصة، (أو) قال: (انتقِدْهَا)؛ أي: انظر أهي[٢] جياد أو زيوف؟!، (أو) قال: (أجِّلْنِي بها)؛ أي: اجعلها مؤجلة عليّ، (أو) قال: (قد قضيتُكها)؛ أي: أوفيتك إياها، (أو) قال: (أبرأتني منها، أو) قال: (وهبتها لي، أو تصدَّقت بها عليَّ، أو أحلتُك بها) على فلان (فقد أقرَّ)، للمدعي بالألف المذكورة؛ لأن الضمير المذكور في كل من الألفاظ المذكورة كناية عن[٣] الألف التي ادعاها[٤] المدعي، فكأنه قال: اتزن[٥] الألف التي لك عليَّ، أو انتقد الألف التي لك عليَّ، فيكون معترفاً بها بقوله لك، وطلب التأجيل إنما يكون في حق الواجب[٦] حالاً، والقضاء إنما يكون بعد الوجوب والإبراء مثله أيضاً[٧]، والهبة والصدقة إنما تكون فيما سبق ملك الواهب والتصدق فيه، والحوالة: تحويل الدَّين الثابت في الذمة[٨]، فيكون[٩] قد أقر بأن الألف الموصوفة [بأنها][١٠] في ذمته كما قال المدعي، [ثم][١١] إنه يدعي خلاص ذمته عنها، فيلزمه الإثبات، وكل

---

(١) في (ب): (أهي).
(٢) في (أ): (هل) وزيد في (ج) ـ في هذا الموضع ـ (هي).
(٣) في (أ): (من).
(٤) في (ج): (ادعيها).
(٥) في (أ): (اتزني).
(٦) في (ب): (واجب).
(٧) ينظر: الهداية: (١٢٩/٣)، الاختيار لتعليل المختار: (١٣٠/٢ ـ ١٣١).
(٨) ينظر: المبسوط: (١٧/١٨)، تحرير ألفاظ التنبيه: (ص٢٠٣)، العناية شرح الهداية: (٢٣٨/٧).
(٩) في (أ): (ويكون).
(١٠) سقط من: (أ) و(ج).
(١١) سقط من: (ب).

ذلك لإتيانه[١] بالضمير العائد إلى الألف المدعى[٢] بها، (وبلا ضمير لا)؛ أي: لو كان جوابه في الكل بغير ضمير [نحو][٣]: اتزَنَ[٤]، انتقد[٥]، أجلني[٦]، قد قضيتك إلى آخره لا يكون إقراراً بالألف[٧]؛ لعدم ما ينصرف إليه، ويربط اللفظ به، فيكون [كلاماً][٨] مبتدأ، فلا يلزمه شيء.

(ولو أقر) رَجل (بدَين مؤجَّل)، بأن قال: لك عليَّ مئة درهم مؤجَّل إلى شهر مثلاً، (وقال المقر له: هو حالٌّ لزمه)؛ أي: لزم ذلك الدَّين حال كونه (حالّاً، وحُلِّف المقرُّ له على الأجل)؛ يعني: يحلف المقر له أن هذا الذي أقر لك به ليس بمؤجل كما قال، بل هو حال؛ لأنه ينكر حقاً عليه، وهو الأجل واليمين على من أنكر، فإن نكل[٩] حَكَمَ به مؤجلاً كما أقر المقر، وإن حلف أبقي حالّاً[١٠] (ولو قال: عليَّ مئة، ودرهم، فالكلُّ دراهم)؛ أي: يلزم مئة درهم ودرهم.

(وكذا كلُّ ما يُكال أو يُوزنُ، ولو قال:) له عليّ (مئةٌ وثوب، أو مئة وثوبان لزمه) ثوب في الأول، وثوبان في الثاني، وعليه (تفسير المئة)

---

(١) في (ج): (بإتيانه).
(٢) زيدت في: (ب).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) اتزَنَ: بالفعل الماضي؛ أي: أخذ حقه من هذا. ينظر: المصباح المنير: ٢/ ٦٥٨ مادة (وزن).
(٥) انتَقَدَ: بالماضي أيضاً؛ بمعنى: نظر للنقود ليعرف جيدها من رديئها. ينظر: المصباح المنير: ٢/ ٦٢٠ مادة (نقد).
(٦) أجلني: أي: أخرني إلى أجل. ينظر: المصباح المنير: (١/ ٦) مادة (أجل).
(٧) أي: إن قال له ذلك بدون ضمير، فلا يكون إقراراً؛ لعدم انصرافه إلى ما ذكره، فيكون كلامه كلاماً مبتدأ، والأصل: أن كل ما يصلح جواباً، وليس ابتداءً يُجعل جواباً، وما لا يصلح للابتداء لا لبناء أو يصلح لهما يُجعل ابتداءً؛ لئلَّا يلزمه المال بالشك. ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٣١)، درر الحكام: (٢/ ٣٦٠).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) في (أ): (الكل).
(١٠) ينظر: الهداية: (٣/ ١٧٩ ـ ١٨٠)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٣١).

فيهما، وهو القياس في الأول، وبه قال الشافعي؛ لأن المئة مبهمة[(١)]، والدراهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير [لها][(٢)]، فبقيت المئة على إبهامها كما في الثاني، وجه الاستحسان: ـ وهو الفرق ـ[(٣)] أنهم يستثقلون تكرار الدراهم فيما يكثر استعماله، وذلك في الأثمان والمكيل والموزون، وفيما عداه بقي على الحقيقة.

(وإن قال) في إقراره: **(مئة وثلاثة أثواب، فالكل ثياب)**؛ أي: المئة وما بعدها من العدد يحكم بأن الكل ثياب؛ لأنه[(٤)] [ذكر][(٥)] عددين مبهمين؛ أعني: مئة وثلاثة وأعقبهما تفسيراً؛ لأن الأثواب لم تذكر بالعاطف، فينصرف التفسير إليهما؛ لاستوائهما في الحاجة الى التفسير، فكان بياناً لهما[(٦)].

(ولو أقرَّ بتمرٍ) بأن قال: غصبت تمراً **(في قَوْصَرَّة)**: وهي ـ بتخفيف الراء والتشديد ـ وعاءٌ يتخذ من القصب، وسُميت بها ما دام التمر فيها[(٧)]، وإلا فهي تُسمى بالزنبيل[(٨)] لَزِمَاه[(٩)]؛ لأن القوصرة ظرف، ووعاء للتمر، وغصب المظروف لا يتحقق بدون الظرف.

---

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: (١٣/ ٤٥٣).

(٢) في النسخ: (له) وما أثبتناه هو الصواب لتستقيم العبارة. ينظر: البناية شرح الهداية: (٩/ ٤٤٠).

(٣) في (ج): (العرف).

(٤) في (ب): (لأن).

(٥) سقط من: (ب).

(٦) ينظر: المبسوط: (١٨/ ٩٩).

(٧) ينظر: العين: (٥/ ٥٩)، تهذيب اللغة: (٨/ ٢٨١)، تاج العروس: (١٣/ ٤٣٢) مادة (ق ص ر).

(٨) الزنبيل: الجراب، وقيل: الوعاء يُحمل فيه، وقيل: هو ما يعمل من الخُوصِ يُحمل فيه الثمر وغيره. ينظر: لسان العرب: (١١/ ٣٠٠)، المصباح المنير: (٢/ ٥٢٥) فصل الزاي المعجمة.

(٩) ينظر: الهداية: (٣/ ١٨٠)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٣٠)، المبسوط: (١٧/ ١٩٤).

قوله: (أو بخاتَم؛ لزمه الحَلْقَةُ والفصُّ) معطوف على قوله: (بتمر)؛ أي: لو أقر بخاتَم: وهو عبارة عن الحلقة والفص المُرَكَّب فيها[١]، فيلزماه معاً، (أو) أقر (بسيف فالنَّصل): وهو الحديد ذو الحد[٢] (والجِفنُ) - بالكسر -: وهو الغِمدُ[٣] (والحمائل) جمع حِمالَة - بكسر الحاء -، وهي علَّاقته[٤]؛ لأن اسم السيف يشمل الكل، [وقال الأصمعي[٥]: حمائل السيف لا واحد لها من لفظها، وإنما واحدها محمل[٦]][٧] (أو) أقر (بِحَجَلَة): - وهي بالتحريك -: عبارة عن البيت الذي يضرب للعروس، وهو مركب من عيدان وستور[٨] (فالكسوة والعيدان) معاً للمقر له؛ لأن الاسم ينتظمها عرفاً، والعيدان جمع عود، وهو الخشب[٩]: كالديدان[١٠] جمع دود[١١].

(وإن) أقر (بدابة في إصطبل) هو بيت الدواب بوزن قرطعب، وألفهُ أصلية[١٢]، قال أبو عمرو: الإصطبل ليس من كلام الفصحاء[١٣] (لزمه الدَّابة

---

(١) ينظر: المعجم الوسيط: (١/ ٢١٨).
(٢) ينظر: المخصص: (٢/ ١٤)، لسان العرب: (٣/ ٢٦) فصل الشين المهملة.
(٣) الجفن: جفن السيف وجفن العين، وجفن السيف الذي يغمد فيه، والغمد غلاف السيف. ينظر: جمهرة اللغة: (١/ ٤٨٨)، تهذيب اللغة: (١١/ ٧٧) أبواب الجيم والنون.
(٤) ينظر: تهذيب اللغة: (٥/ ٦٠) أبواب الحاء واللام.
(٥) ينظر: خليج البحار: ص٨٨٩.
(٦) ينظر: خزانة الأدب للبغدادي: (٢/ ٧٢).
(٧) سقط من: (ب).
(٨) ينظر: لسان العرب: (١١/ ١٤٤) فصل الحاء المهملة.
(٩) ينظر: المغرب: (ص٣٣١).
(١٠) في (ب): (كالدود).
(١١) ينظر: معجم ديوان الأدب: (٣/ ٣٨٦).
(١٢) ينظر: الصحاح: (٤/ ١٦٢٣).
(١٣) أبو عمرو: الصحيح أن كنيته اسمه، وقيل: اسمه زبان بن العلاء بن عمار بن حصين، بصري، لغوي أحد القراء السبعة، روى نحو خمسين حديثاً (ت١٥٤هـ). ينظر: التاريخ الكبير للبخاري: (٩/ ٥٥)، الثقات لابن حبان: (٦/ ٣٤٦)، وفيات الأعيان (٣/ ٤٦٧).

فقط) هذا عند الشيخين، لعدم تحقيق[(١)] الغصب في العقار عندهما، وأما على قياس قول محمَّد: إنه يتحقق في العقار أيضاً، فيلزم الإصطبل أيضاً بهذا الإقرار[(٢)]، (وبثوبٍ في منديلٍ لزمَاه)؛ أي: لو قال: غصبت منه ثوباً في منديل؛ لزمه الثوب والمنديل معاً؛ لأنَّ المنديل ظرف يُلف فيه الثوب.

(وكذا) لو أقر (بثوب في ثوب) لزماه معاً؛ لأن الثوب يلف في ثوب آخر كما يلف في المنديل، فيلزمه الظرف والمظروف معاً؛ لما مر في التمر في القوصرة[(٣)] (وإن) أقر ([بثوب][(٤)] في عشرة أثواب؛ لزمه ثوب واحد عند أبي يوسف)، وهو قول أبي حنيفة أولاً، (وأحد عشر) ثوباً (عند محمد)، له: إن الثوب النفيس قد يلف صوناً له في عشرة أثواب، فأمكن الحمل على الظرف، فيكون المظروف ثوباً واحداً، والظرف عشرة أثواب، فيلزمه أحد عشر ثوباً، ولأبي يوسف: إن حرف (في) يستعمل أيضاً للبين[(٥)] والوسط؛ كقوله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر: ٢٩]؛ أي: بينهم، فوقع الشك، والأصل براءة الذمة[(٦)].

(ولو قال:) له (عليَّ خمسة في خمسة لزمهُ خمسة) فقط، (وإن) - وصلية - (نوى الضَّرب)؛ لأن الضَّرب لا يكثر المال[(٧)]، وقال الحسن بن زياد: يلزمه خمسة وعشرون، وهو قول زفر[(٨)] (وبنيَّة[(٩)] مع)؛ أي: نوى

---

(١) في (ج): (تحقق).

(٢) ينظر: الهداية: (٣/ ١٨٠)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٣١).

(٣) في (ج): (القصورة).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) في (ج): (للتبيين).

(٦) وهذه القاعدة مندرجة تحت قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك). ينظر: الأشباه والنظائر: (ص٥٠).

(٧) أي: لو ضربنا رقم ٥×٥=٢٥، فهذه النتيجة الحاصلة من ضرب رقم خمسة في خمسة، لا يلزم المقر غير خمسة واحدة.

(٨) ينظر: المبسوط: (١٧/ ١٩٣)، الهداية: (٣/ ١٨١)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٣١).

(٩) في (ج): (وبنيته).

أن تكون بمعنى[١] (مع)؛ (لزمه عشرة) اتفاقاً[٢] كأنه قال له: عليَّ خمسة مع خمسة، ومجموع الخمستين يكون عشرة، (وفي قوله: عليَّ من درهم إلى عشرة، أو ما بين درهم إلى عشرة يلزمه) في الصورتين (تسعة) عند أبي حنيفة، (وعندهما: عشرة)، وعند زفر: يلزمه ثمانية؛ اعتباراً بقوله: بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط، فإنه لا تدخل الابتداء ولا الغاية فيه، ولهما: إن العشرة مذكورة في الإقرار صريحاً، والغاية قد تدخل في الكلام، وقد تخرج، فلا يسقط شيء مما تضمنه اللفظ بالشك، ولأبي حنيفة: إن ابتداء العدد يحتاج إليه؛ لترتيب الباقي عليه، فلو سقط احتيج إلى ابتداء آخر، وهلمَّ جراً، فيلزم الابتداء، وأما الغاية فليست بضرورية في العدد[٣]، ثم هي قد تدخل وقد لا تدخل، فلا يلزمه بالشك.

(وإن قال: له من داري ما بين هذا الجدار [أ/٣٢٢] إلى هذا الجدار؛ فله ما بينهما فقط)، وليس له من الجدارين شيء؛ لأن الغايتين ليستا من جنس المغيا، فتسقطان إجماعاً[٤]، (وصحَّ الإقرار بالحَمْل)؛ أي: ولو أقر أن حمل جاريته، أو حمل ناقته أو بقرته[٥] لفلان؛ صح الإقرار[٦]، ويكون ذلك الحمل للمقر له، ولما كان في تصويره نوع خفاء بينة بقوله: (وحمل) هذا الإقرار (على الوصيَّة من غيره).

وتوضيحه: أن مورث المقر كان قد أوصى بذلك الحمل للمقر له، ثم مات وانتقلت الناقة، أو الجارية الحامل إلى مِلْك المقر، فالأم للمقر، والحمل للمقر له، (وَ)[صح الإقرار][٧] (للحَمْل إن بيَّن سبباً صالحاً)؛ أي:

---

(١) في (أ) و(ج): (في معنى).
(٢) ينظر: الهداية: (٣/ ١٨١)، مجمع الأنهر: (٢/ ٢٩٤).
(٣) في (ب): (الودد).
(٤) الظاهر أنه إجماع أئمة المذهب. ينظر: الهداية: (٣/ ١٨١)، كنز الدقائق: (ص٥١٠).
(٥) في (ب): (بقرة).
(٦) في (ج): (الآخِران). ينظر: الهداية: (٣/ ١٨١)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٣٢).
(٧) سقط من: (أ) و(ج).

ويصح الإقرار للحمل، لكن بشرط أن يبين المقر لذلك سبباً صالحاً يمكن إسناد المِلك إلى الحمل به (كإرثٍ أو وصيةٍ) نحو أن يقول لحمل فلانة: عليّ ألف درهم أوصى فلان له بها، وهي في ذمتي، أو مات أبوه، وله عندي ألف، فانتقلت إليه بالإرث، فالإقرار للحَمْل بهذا الوجه صحيح؛ لأنه أقر بسبب[١] صالح بثبوت المِلْك له، ثم في هذين الصورتين: إن ولد ذلك الحمل في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الإقرار؛ لزم المقرَّ ما أقر به، وإلّا فلا.

ولذلك فصله المصنِّف بقوله: (فإن ولدت) أم الجنين، وفي بعض النسخ: (فإن ولد)؛ أي: الجنين (حيّاً لأقلَّ من نصف حول مُنذ أقرَّ[٢])، ولو [قال][٣]: (أقر في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الإقرار) مكان[٤] قوله: (لأقل من نصف حول مُذ [أقر])[٥]؛ لكان أصوب؛ لأنه لا يشمل لما إذا كانت المرأة معتدة، فجاءت بالولد لأقل من سنتين، وإن كان أكثر من ستة أشهر يحكم بوجوده في البطن وقت الإقرار؛ لأنه يحكم بثبوت النسب، فيكون ذلك حكماً بوجوده في ذلك الوقت؛ (فله ما أقرَّ به)؛ أي: للجنين ما أقر به المقر.

(وإن) ولدت (حيَّين فلهما)، وإن كانا من جنس واحد؛ فالأمر ظاهر، وإن كانا من جنسين بأن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى؛ ففي الوصية هو بينهما نصفين، وفي الميراث للذَّكر مثل حظ الأنثيين، (وإن ميّتاً)؛ أي: وإن ولد[٦] ميّتاً؛ (فللموصي والمورِّث)؛ أي: يرد المال إلى ورثة الموصى والمورِّث؛ لأن هذا الإقرار في الحقيقة لهما، وإنما ينتقل

---

(١) في (ج): (سبب).
(٢) ينظر: الهداية: (٣/ ١٨١)، الاختيار لتعليل المختار: (٢/ ١٣٢).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) في (ج): (كان).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (ولدت).

إلى الجنين بعد ولادته[١]، ولم ينتقل، فيكون لورثتهما.

(وإن فسَّر ببيع أو إقراض)؛ أي: لو فسر المقر ما أقربه للحمل بأن قال: باع الحَمْل[٢] مني، أو أقرضني[٣]، (أو أبهم الإقرار)، ولم يبين سبباً بأن قال: عليَّ لحمل فلانة كذا ألفاً، أما الأولان؛ فلأنه بين [سبباً][٤] مستحيلاً؛ لعدم تصورهما من الجنين[٥] لا حقيقة، وهو ظاهر، ولحكماً؛ إذ لا ولاية لأحد عليه حتى[٦] (يكون) تصرفه كتصرفه، وقوله: (أو أبهم الإقرار) لنا فيه نظر؛ لأن المعطوف عليه؛ أعني: البيع والإقراض[٧] (لغواً) بالاتفاق، وأما الإبهام؛ فهو على الاختلاف؛ لأنه عند محمَّد: يصح، ويحمل على سبب صالح مما ذكر تصحيحاً لإقراره، وعند أبي يوسف: لا يصح، ويحمل[٨]؛ لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى ما يجب بالمعاملات كالبيع ونحوه [عادة][٩]، فكان الأولى[١٠] بيانه، حيث [التزم][١١] التصريح بذكر الخلاف في ديباجة الكتاب.

(وإن أقرَّ بشرط الخِيار)؛ أي: لو أقر بدَين[١٢]، أو وديعة قائمة، أو مستهلكة على أنه بالخيار ثلاثة أيام إن شاء فسخه[١٣]، وإن شاء أمضاه؛ (لزمه المال، وبَطَل الشَّرط)؛ إذ الفسخ والإمضاء إنما يكونان في العقود

---

(١) في (أ): (ولادة).
(٢) في (أ) و(ج): (الحمل باع).
(٣) ينظر: الهداية: ٣/ ١٨١، الاختيار لتعليل المختار: ٢/ ١٣٢، فتح القدير: ٨/ ٣٤٨.
(٤) سقط من: (أ) و(ج).
(٥) في (ب): (الجنسين).
(٦) في (ج): (متى).
(٧) في (ج): (والإقرار).
(٨) زيد في (أ) و (ب) هنا: (ويحمل).
(٩) سقط من: (ج).
(١٠) في (أ) و (ب): (الأول).
(١١) سقط من: (أ) و(ب).
(١٢) في (ب): (هذين).
(١٣) في (ج): (فسخ).

التي [هي][(١)] إنشاءات، والإقرار إخبار، فلا يقبل الفسخ.

ومن المسائل المهمة[(٢)]: أنه أقرَّ، ثم ادعى أنه كاذب في الإقرار، فعندهما: لا يلتفت [إلى قوله][(٣)]، وقال أبو يوسف: يحلف المقر له؛ لأن المقر[(٤)] لم يكن كاذباً في إقراره، والفتوى[(٥)] على قوله[(٦)].

❁ ❁ ❁

باب الاستثناء وما في معناه

في كونه مغيراً كالشرط ونحوه، والاستثناء لغة: هو التكلم بالباقي بعد الثنيا[(٧)]؛ يعني: الإتيان بلفظ [المستثنى بعد][(٨)] المستثنى منه، ويجوز استثناء الأكثر من الأقل، كما يجوز عكسه؛ إذ لا فرق بين قول القائل: له عليّ درهم، وبين قوله: له عليّ عشرة إلا تسعة، بخلاف استثناء الكل، فإنه لا يجوز؛ لأنه لا يبقى الاستثناء؛ إذ لم يوجد ما يكون للمستثني[(٩)] تكلماً به بعده معنى، فيكون رجوعاً عن[(١٠)] الإقرار بعد لزومه، وهو لا يصح[(١١)].

(صح استثناء بعض ما أقر به لو) كان الاستثناء **(متصلاً)** بالإقرار؛

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (المبهمة).
(٣) (إلى قوله) سقط من: (ب). ينظر: الهداية: (٣/ ١٨١ ـ ١٨٢)، فتح القدير: (٨/ ٣٤٨ ـ ٣٥٠).
(٤) زيد في (ب) هنا: (به).
(٥) في (ج): (الفتوى).
(٦) ينظر: الهداية: (٣/ ١٨١ ـ ١٨٢)، فتح القدير: (٨/ ٣٤٨ ـ ٣٥٠).
(٧) في (ب): (الثنايا)، وفي (ج): (الثنياء). ينظر: الصحاح: ٢٢٩٤/٦، طلبة الطلبة: ص٥٨.
(٨) سقط من: (ج).
(٩) زيد في (ج) ـ في هذا الموضع ـ (منه).
(١٠) في (ب): (من).
(١١) ينظر: بدائع الصنائع: ٢٠٩/٧ ـ ٢١٠، تبيين الحقائق: ١٣/٥.

لأن الاستثناء بيان مغير لصدر الكلام، وإذا كان في آخر الكلام ما يغير أوله؛ يتوقف أوله على آخره؛ فيُعتبر موصولاً[(١)]؛ ليكون الكلام كله شيئاً واحداً، وإذا انفصل ثبت موجب صدر الكلام، فلا يتغير بعد ذلك، والمراد بالاتصال: أن لا ينفصل بين الكلامين أجنبي لا تعلق له بالمحل حتى لو قال له: عليّ مئة يا فلان إلا عشرة يلزمه تسعون[(٢)]، وكذا لو قال: له عليّ ألف من ثمن كذا إلا مئة؛ يلزمه تسعمئة فقط؛ لأن الفاصل ليس بأجنبي؛ إذ النداء لتنبه المخاطب، وتوصيف الألف زيادة بيان، أما لو قال: له عليّ ألف، فاشهدوا إلا مئة لا يصح الاستثناء[(٣)]، ويلزمه الألف تماماً، وإذا صح الاستثناء؛ سقط ما بعد الثنيا[(٤)]، (**ولزمه باقيه**)؛ أي: لزم[(٥)] المقر باقي ما أقر به بعد الاستثناء؛ لأن الاستثناء من الجملة عبارة عن الباقي قليلاً كان أو كثيراً.

(**وبطل استثناء الكل**) بأن قال: له عليّ ألف درهم إلا ألف درهم؛ لأنه لما كان آخر الكلام يغير أوله ويبطل حكمه؛ كان الكل مبطلاً للكل، فيعود على موضوعه بالنَّقض، فيبطل الاستثناء[(٦)]، وإذا بطل ثبت المستثنى منه[(٧)].

(**وإن أقر بشيئين واستثنى أحدهما، أو أحدهما وبعض الآخر؛ بطل استثناؤه**) هذه المسألة فرع من استثناء الكل، وصورتها: إذا قال: له عليّ كر حنطة وكر شعير إلا كر حنطة، أو قال: إلا كر حنطة وقفيز شعير؛ فكلاهما باطل عند أبي حنيفة (**خلافاً لهما**)[(٨)]، وهذا يشعر بأن الخلاف في الصورتين، وليس كذلك، بل هو في الثانية فقط.

---

(١) ينظر: المصدر السابق.
(٢) ينظر: المبسوط: ١٨/٩٠، الاختيار لتعليل المختار: ٢/١٣٢.
(٣) في (أ): (لاستثناه).
(٤) في (ب): (الثنايا).
(٥) في (ج): (لزمه).
(٦) في (أ): (الاستثناه).
(٧) ينظر: المبسوط: ١٨/٩٠، والهداية: ٣/١٨٢، والاختيار لتعليل المختار: ٢/١٣٢ ـ ١٣٣.
(٨) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٢/١٣٤.

فحق العبارة أن يقال: وإذا أقر بشيئين، واستثنى أحدهما؛ بطل استثناؤه، وكذا لو استثنى أحدهما وبعض الآخر خلافاً لهما فقط، هما يقولان: الكلام متصل، والاستثناء صحيح، لكنه بالنظر إلى كر الحنطة استثناء الكل من الكل، وبالنظر إلى قفيز الشعير استثناء البعض من الكل، فيعمل بما يصح، ويهمل فيما لا يصح، فعليه كر حنطة تماماً، وكر شعير إلا قفيزاً.

ولأبي حنيفة: إن استثناء الكل باطل بالإجماع[١]، فكان قوله: (إلا كر حنطة) لغواً، وصار أيضاً قاطعاً للكلام الأول، فلا ينصرف الاستثناء إليه، فبطل فيما بعده؛ أعني: قفيز الشعير.

(وإن استثنى بعض أحدهما) فقط، **(أو بعض كل منهما؛ صح اتفاقا)**[٢]؛ وذلك لأن كل واحد من المتعاطفين كلام مستقل، فاستثناؤه لا يجوز، واستثناء بعضه جائز، ففي مسألتنا[٣]: لو قال: له عليّ كر حنطة وكر شعير إلا قفيز حنطة، [أو إلا قفيز حنطة][٤] وقفيز شعير؛ صح كلاهما، ولزمه ما عدا المستثنى منهما[٥].

(ولو استثنى كيليّاً أو وزنيّاً أو عدديّاً متقارباً [أ/٣٢٣] من دراهم)، كما إذا قال: له عليّ ألف درهم إلا كر بُر[٦]، أو إلا رطل زيت، أو إلا ديناراً؛ **(صح)** الاستثناء عند الشيخين **(بالقيمة)** استحساناً، فيطرح قيمة كر البر، أو رطل الزيت، أو الدينار من الألف، فكأنه قال له: عليّ ألف درهم إلا قيمة كر بر، أو إلا مالية رطل زيت، أو إلا قيمة دينار بتقدير

---

(١) من الواضح أنه إجماع أئمة المذهب. ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٣٥/٢.

(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٣٤/٢.

(٣) في (ج): (مسألتان).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) ينظر: المبسوط: ٩٦/١٨ ـ ٩٧، والاختيار لتعليل المختار: ١٣٤/٢ ـ ١٣٥.

(٦) في (ج): (حنطة).

حذف المضاف (خلافاً لمحمد) وزفر، فإن عندهما يبطل؛ لعدم المجانسة وهو القياس، وقال الشافعي: يصح؛ للمجانسة من حيث المال[١].

وجه الاستحسان: وجود المجانسة من وجه، وهو كونها مثليات وكون الدنانير الأثمان: كالدراهم، وصيرورة المكيل والموزون أثماناً بذكر أوصافها، وكذا العددي المتقارب، فالأصل عند الشيخين: أنه متى ثبتت الموافقة بين المستثنى والمستثنى منه في صلاحية الوجوب في الذمة حالاً ومؤجلاً في عقود التجارة؛ صح الاستثناء، وإلا فلا[٢].

فلهذا قال: (ولو استثنى منها)؛ أي: من الدراهم (شاة، أو ثوباً، أو داراً بطل اتفاقاً)[٣]؛ لأنه لا مناسبة بين هذه الأشياء وبين الدراهم فيما ذكر، فلا يتوهم دخولها، فيحتاج إلى إخراج أو منع عن الدخول[٤]، وقال الشافعي: يصح، فيطرح عنه قَدْر قيمة المستثنى[٥].

(ومن وصل بإقراره) لفظ: (إن شاء الله؛ بطل إقراره)، لا يخفى أن لفظ الاتصال ينتظم ما إذا كان لفظ المشيئة مؤخراً عن الإقرار أو مقدماً[٦]، وعلى كل[٧] تقدير، فهو يبطل الإقرار، ويجعله[٨] معلقاً بالمشيئة، والإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط، ولو سُلم؛ فالشرط[٩] لا يُوقف عليه؛ إذ لا عِلْم لأحد بمشيئة الله تعالى غيره سبحانه تعالى، والشرط يُؤثر في الحكم، ويجعله معدوماً قبل وجوده، والعلم بوجوده ممتنع، فكان إعداماً للحكم من الأصل، (وكذا) يبطل الإقرار (إن علقه

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير: ٧/ ٨٠.
(٢) ينظر: المبسوط: ١٨/ ٨٧، وتحفة الفقهاء: ٣/ ١٩٩، والهداية: ٣/ ١٨٢، والاختيار لتعليل المختار: ٢/ ١٣٣.
(٣) ينظر: فتح القدير: ٨/ ٣٥٤.
(٤) ينظر: تحفة الفقهاء: ٣/ ١٩٩، الهداية: ٣/ ١٨٢.
(٥) ينظر: الأم: ٦/ ٢٤١.
(٦) في (أ) و(ب): (ومقدماً).
(٧) في (ب): (أي).
(٨) في (ج): (أو يجعله).
(٩) في (ب) و(ج): (بالشرط).

بمشيئة من لا تُعرف[١] مشيئته)[٢]، ولا يُوقف على حاله **(كالملائكة والجن)**، فلو قال: له عليّ ألف إن شاء جبرائيل، أو إن[٣] شاء عزرائيل؛ فهو إقرار باطل؛ لما ذكرنا أنه إعدام للحكم[٤].

(ولو أقر بدار واستثنى بناءها)؛ أي: لو قال: داري هذه لفلان إلا بناءها؛ لا يصح الاستثناء، **(كانا)**[٥]؛ أي: العرصة[٦] والبناء **(للمقر له)**؛ لأن اسم الدار يتناول البناء تبعاً لا لفظاً، والاستثناء تصرف في اللفظ يجعل المدلول عبارة سوى المستثنى، فيما لا يتناوله اللفظ لا يعمل فيه الاستثناء، والاستتباع الثابت قبل الاستثناء ثابت بعده أيضاً، وهذا كمن قال: هذه الأمة لفلان إلا ظهرها؛ فإنه باطل، **(ولو قال)** في إقراره: **(بناؤها لي والعرصة له)**؛ أي: لم يقل على وجه الاستثناء بل فصل، وقال: أحدهما له والآخر لي؛ قدّم أيهما كان أو آخره **(كان كما قال)**؛ أي: صح ذلك، ويحكم[٧] للمقر له بالعرصة فقط.

(وفص الخاتَم ونخل البستان كبنائها)[٨]؛ أي: كبناء الدار في أنه إذا كان بصيغة الاستثناء يحكم للمقر له مجموع الحال والمحل؛ لأنه يدخل فيه تبعاً لا لفظاً، وإذا كان[٩] بصيغة التفصيل يحكم له بأحدهما فقط[١٠].

---

(١) في (ج): (لا يعرف).
(٢) في (أ): (مشيئة).
(٣) في (أ) و(ج): (وإن).
(٤) ينظر: الهداية: ١٨٢/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٣٣/٢، وتبيين الحقائق: ١٦/٥.
(٥) في (أ) و(ج): (وكانا).
(٦) في (ب): (الدار)، العرصة: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، والجمع عراص وعراصات. ينظر: لسان العرب: ٥٢/٧ فصل العين المهملة.
(٧) في (ب): (لو يحكم).
(٨) في (ب) و(ج): (كبناؤها).
(٩) في (أ): (كانت).
(١٠) ينظر: الهداية: ١٨٢/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١٣٥/٢، وتبيين الحقائق: ١٦/٥ - ١٧، والعناية شرح الهداية: ٣٥٩/٨.

(وإن قال: له عليّ ألف من ثمن عبد) اشتريته منه (لم أقبضه) الجملة[١] صفة (عبد)، (فإن عيَّنه) الضميران للعبد؛ أي: إن عين المقر العبد بذكر جنسه ووصفه (قيل[٢] للمقر له: سلّم) العبد إلى المقر، (وتسلّم) الألف التي أقر بها من ثمنه (إن شئت)، وإلا فلا تلزمه الألف، (وإن لم يُعينه)؛ أي: إن لم يعين المقر العبد بل قال: ألف من ثمن عبد وسكت؛ (لزمه الألف) التي أقر بها، (ولغا قوله: لم[٣] أقبضه) فصل أو وصل؛ لأن (عليّ) للإلزام، وقوله: (لم أقبضه) ينافي ذلك، فعلم أن قوله: (لم أقبضه) جحود بعد الإقرار، فلا يقبل[٤].

(ولو قال): له عليّ ألف (من ثمن خمرٍ أو) من ثمن (خنزير لا يُصَدَّق)[٥]، ويلزمه الألف، هذا عند أبي حنيفة في الفصلين؛ أعني: قوله: من ثمن عبد لم أقبضه غير معين، وقوله: (من ثمن خمر أو خنزير)، (وعندهما: إن وصل؛ صُدِّقَ) في الفصلين، وإلا فلا؛ لأنه إذا وصل؛ فقد بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب، وصار كما إذا قال بعده: (إن شاء الله تعالى)، ولأبي حنيفة: إن إقراره بوجوب الألف بدليل كلمة (عليّ)، وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً؛ لأن الجهالة في المبيع سواء كانت مقارنة أو طارئة تمنع وجوب نقد الثمن، وإذا كان كذلك كان قوله: (لم أقبضه) رجوعاً عن الإقرار، وهو لا يصح موصولاً كان أو مفصولاً، والقياس على قوله: (إن شاء الله) غير صحيح؛ لأنه تعليق، وما نحن فيه إبطال، ولا علاقة بينهما، فافترقا[٦].

---

(١) في (ج): (الجمل).

(٢) في (أ): (قبل).

(٣) في (ب): (ولم).

(٤) ينظر: الهداية: ١٨٣/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٣٥/٢، وتبيين الحقائق: ١٨/٥.

(٥) في (ب): (لا يصدقه).

(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٣٦/٢، والعناية شرح الهداية: ٣٦٦/٨.

(ولو قال): له عليّ ألف **(من ثمن متاع، أو أقرضني)** ألفاً، **(وهي زيوف أو نبهرجة)** أو ستوقة أو رصاص؛ **(لزمه الجياد)** عند أبي حنيفة، **(وقالا: يلزمه ما قال)** من الزيوف أو النبهرجة ونحوهما **(إن وصل)** قوله: (هي زيوف) أو قوله: (هي نبهرجة) بما قبله من المقر به.

لهما[١]: إنه بيان مغير، فيجب[٢] موصولاً: كالشرط والاستثناء؛ وهذا لأن اسم الدراهم يتناول الزيوف بالحقيقة، والستوقة بالمجاز، وإذا كان مطلقاً ينصرف إلى الجياد، فإذا وصل بما يغير صدر الكلام علم أنه أراد المجاز[٣]، وإذا فصل تعينت الجياد، ويحكم بالإطلاق، ولأبي حنيفة: إن ذلك رجوع؛ لأن العقد يقتضي السلامة في العوض، والزيافة عيب وادعاؤه رجوع عن بعض ما جرى عليه العقد، فلا يُقبل؛ لأن أول الكلام إقرار به، وآخره رجوع عنه، فلا يصح.

(وإن قال: من غصب أو وديعة وهي زيوف أو نبهرجة؛ صدق)؛ يعني: لو قال: له عليّ ألف اغتصبتها منه أو أودعها[٤] عندي، ثم قال: هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل؛ لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك، فلا مقتضى له في الجياد، ولا تعامل، فيكون قوله: (هي زيوف أو نبهرجة) بيان لنوع ما أقر به، فيصح، وإن فصل.

(ولو قال: هي ستوقة أو رصاص، فإن وصل؛ صدق، وإلا فلا)؛ يعني: لو قال بعد ما أقر بغصب الألف أو بكونها وديعة عنده هي ستوقة أو هي رصاص إن وصل قوله: (هي ستوقة إلى آخره) بجملة الإقرار؛ صدق، وإن فصل لا يصدق؛ لأن الستوقة والرصاص ليسا من جنس

---

(١) في (أ): (لها).

(٢) في (ب): (فتجب).

(٣) ينظر: الهداية: ١٨٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٣٦/٢، والعناية شرح الهداية: ٣٦٧/٨.

(٤) في (ج): (أودعتها).

الدراهم، لكن الاسم يتناولهما مجازاً، فكان بياناً مغيراً، فلا بدَّ من الوصل[١].

(**ولو قال: غصبته ثوباً، وجاء بمعيب؛ صدق**) بيمينه إن لم يثبت الخصم سلامته[٢]؛ لأن الغصب لا يقتضي السلامة، (**ولو قال: عليّ ألف إلا أنه ينقص مئة؛ صدق إن وصل، وإلا لزم الألف**) تماماً؛ لأن هذا استثناء المقدار[٣]، والاستثناء إنما يصح موصولا بخلاف الزيافة[٤]؛ لأنها وصف، واللفظ إنما يتناول المقدار دون الوصف، وهذا تصرف لفظي، (**ولو أخذتها غصباً ضمن**) المقر الألف، (**ولو قال بدل: أخذت أعطيتني**)؛ أي: قال: أنت [أ/٣٢٤] أعطيتني ألفاً وديعة، فهلكت، فقال المقر له: بل أنت غصبتها؛ (**لا يضمن**) المقر.

والفرق بين المسألتين: أن المقر في الفصل الأول أقر بما يوجب الضمان، وهو أخذ مال الغير، ثم ادعى ما يوجب البراءة[٥] عنه، وهو الإذن بالأخذ، والآخر ينكره، فيكون القول للمنكر[٦] مع اليمين إلا إن نكل غير اليمين؛ فحينئذ لا يلزمه[٧] المال، وفي الفصل الثاني أضاف الفعل إلى غيره[٨]، وذلك الغير يدعي عليه سبب الضمان، وهو الغصب، فكان القول لمنكره مع اليمين، ولفظ القبض في هذا كالأخذ، والدفع كالإعطاء[٩].

---

(١) ينظر: الهداية: ٣/١٨٤، والاختيار لتعليل المختار: ٢/١٣٦، والعناية شرح الهداية: ٨/٣٧٢ ـ ٣٧٣.
(٢) في (أ): (سلامة).
(٣) في (ج): (المقدر).
(٤) في (أ): (الزيادة).
(٥) في (أ): (بالبراءة).
(٦) في (ج): (لمنكر).
(٧) في (أ): (لا يلزم).
(٨) ينظر: الهداية: ٣/١٨٥، وتبيين الحقائق: ٥/٢٠، والعناية شرح الهداية: ٨/٣٧٤.
(٩) ينظر: المصادر السابقة.

(ولو قال: غصبت هذا الشيء من زيد لا بل من عمرو؛ فهو)؛ أي: ذلك الشيء المقر به (لزيد) المقر له أولاً، (وعليه قيمته لعمرو)؛ أي: على المقر قيمة ذلك الشيء لعمرو؛ لأن قوله: (من زيد) إقرار له، ثم قوله: (لا)، رجوع عن الإقرار فلا يُقبل، وقوله: بل لعمرو إقرار منه به [لعمرو][1]، وقد[2] استهلكه بالإقرار به لزيد، فيجب عليه قيمته لعمرو.

(ولو قال: هذا كان لي وديعة عندك، فأخذته، وقال الآخر[3]: هو لي دفع إليه)؛ أي: إلى الآخر؛ لأنه إقرار له باليد بقوله: كان عندك، ثم ادعى الاستحقاق عليه، وهو منكر، والقول للمنكر[4].

(وإن قال: آجرت فرسي أو ثوبي هذا فلاناً، فركبه)؛ أي: الفرس، (أو لبسه)؛ أي: الثوب (وردّه عليّ، أو) قال: (أعرته أو أسكنته داري، ثم ردّها عليّ؛ صدق) المقر القائل كذا[5] عند أبي حنيفة، (وعندهما: القول للمأخوذ منه)؛ أي: للذي أخذ منه الفرس أو الثوب أو الدار[6]، وهو القياس، ووجهه: ما ذكر في الوديعة آنفاً من أنه أقر باليد للآخر، ثم ادعى الاستحقاق[7] والآخر منكر، والقول للمنكر.

ووجه الاستحسان ـ وهو الفرق ـ: أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت[8] ضرورة استيفاء المعقود عليه؛ أعني: المنافع، فتكون

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (أ) و(ج): (قد).
(٣) في (أ): (للآخر).
(٤) ينظر: الهداية: ١٨٥/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٣٤/٢، والعناية شرح الهداية: ٣٧٦/٨.
(٥) في (ج): (هكذا).
(٦) ينظر: الهداية: ١٨٥/٣، وتبيين الحقائق: ٢١/٥، والعناية شرح الهداية: ٣٧٦/٨.
(٧) في (أ): (بالاستحقاق).
(٨) في (ج): (فتثبت).

معدومة فيما وراء الضرورة، فلا يكون إقراراً له باليد مطلقاً بخلاف الوديعة؛ لأن اليد فيها مقصودة، والإيداع[١] إثبات اليد قصداً، فيكون الإقرار [به][٢] اعترافاً باليد للمودع مع أنه في صورة الإجارة، والإعارة والإسكان إقرار بيد ثابتة من جهته، فيكون القول له في بيان كيفيتها، ولا كذلك في مسألة الوديعة، فإنه قال: كانت، وقد تكون من غير صنعة، حتى لو قال: أودعتها كان على هذا الخلاف[٣].

(**ولو قال: خاط ثوبي هذا بكذا، ثم قبضته منه، وادعاه الآخر**)؛ أي: [ادعى][٤] الخياط الثوب أنه له؛ (**فعلى هذا الخلاف في الصحيح**)؛ يعني: عند أبي حنيفة القول للقائل المذكور، وعندهما: القول للخياط المدعي، وإنما قال: في الصحيح؛ لأن[٥] عبارة الهداية[٦] تشعر بأن القول للأول كما لا يخفى على من تأمل[٧].

(**ولو قال: اقتضيت من فلان ألفاً كانت لي عليه، أو**) قال: (**أقرضته ألفاً، ثم أخذتها منه، وأنكر فلان**) ذلك؛ أي: أنكر أن يكون [عليه شيء، أو أن يكون][٨] أقرضه شيئاً، بل قال: الألف التي تقاضيتها[٩] أو أخذتها لي، (**فالقول له**)؛ أي: لفلان؛ لأن الديون والقروض إنما تقضى[١٠] بأمثالها، وهو إنما يكون بقبض مضمون، فإذا أقر بالاقتضاء؛ فقد أقر بسبب الضمان، ثم ادعى تملك ما قبضه بطريق المقابضة عوضاً عما يدعيه

---

(١) في (أ) و(ب): (للإيداع).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الهداية: ١٨٥/٣، وتبيين الحقائق: ٢١/٥، والعناية شرح الهداية: ٣٧٦/٨.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (لا).
(٦) زيد في (ج) ـ في هذا الموضع ـ (لأنه).
(٧) والعبارة هي: (ولو قال: خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم، ثم قبضته، وقال فلان: الثوب ثوبي؛ فهو على هذا الخلاف في الصحيح). الهداية: ١٨٥/٣.
(٨) سقط من: (ب)، وقوله: (أو أن يكون) سقط من: (ج).
(٩) في (ج): (تقابضتها).
(١٠) في (أ): (تقتضي).

من الدَّين والقرض، والآخر منكر، فكان القول قوله[١].

(ولو قال: زرع فلان هذا الزرع، أو بنى هذه الدار، أو غرس هذا الكرم لي)، وكنت قد (استعنت به فيه)، أو استأجرته[٢] ليعمل لي **(وادعى فلان ذلك)**؛ أي: ادعى أن الزرع، أو الدار، أو الكرم له، **(فالقول للمقر)**؛ أي: للأول لا لفلان، والمعنى: أن المقر أقر بما في يده من الزرع أو الدار أو الكرم لكن أسند فعلها إلى فلان، ومجرد الإقرار بالفعل لا يوجب المِلْك، ولم يقر له باليد، فهو منكر، والقول قوله مع يمينه[٣].

❋ ❋ ❋

باب إقرار المريض

اعلم أن المراد بالمريض ههنا: هو من كان به مرض لا يزال به صاحب الفراش حتى يموت[٤]، والفالج[٥] والزمانة[٦] في حكم الصحة **(دَين صحته)** الظاهر أنه من باب [تعب][٧] زمانة[٨]، **(وما)**؛ أي: دَين **(لزمه في مرضه)**؛ يعني: مرض موت **(بسبب معروف)**؛ أي: معلوم بمشاهدة الشهود أو القاضي كما إذا اشترى في مرضه أو تزوج امرأة بمهر

---

(١) ينظر: الهداية: ١٨٥/٣، العناية شرح الهداية: ٣٧٦/٨.

(٢) في (ب): (واستأجرته).

(٣) ينظر: الهداية: ١٨٦/٣، العناية شرح الهداية: ٣٧٨/٨.

(٤) ينظر: البناية شرح الهداية: ٤٤٧/٥.

(٥) الفالج: ذهاب الحس والحركة من إحدى شقّي البدن وسلامة الشق الآخر. ينظر: البناية شرح الهداية: ٤٤٣/١٢.

(٦) الزمانة: عدم بعض أعضائه أو تعطيل قواه، وهي من الألفاظ المشتركة تطلق على الحَب وعلى العاهة. ينظر: درر الحكام: ٢٩٨/١، والمصباح المنير: ٢٥٦/١ مادة (زمن)، تاج العروس: ١٥٥/٢٥ مادة (زمن).

(٧) في (ج): (حب) والتصحيح من المصباح المنير: ٢٥٦/١ مادة (زمن).

(٨) في (ب) و(ج): (زمانا).

مثلها، أو استأجر [شيئاً][(١)] بمعاينة الشهود (سواء) خبر لقوله: (دَين صحته) وما عطف عليه، (ويقدمان)؛ أي: دَين الصحة وما لزم في المرض بسبب معلوم (على ما)؛ أي: على دَين (أقر به في مرضه) ذلك ولم يعاين سببه، خلافاً للشافعي، فإنه يقول: لا قصور في سببه وهو الإقرار[(٢)]، ولنا: [إنه][(٣)] لا يُعتبر إذا تضمن إبطال حق الغير، وفي إقرار المريض، ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء[(٤)].

(والكل)؛ أي: [الديون][(٥)] الثلاثة (مُقَدَّمٌ على الإرث) وإن شمل كل منها ماله؛ لأن قضاء الديون من الحوائج الأصلية، وحق الورثة إنما يتعلق به بشرط الفراغ عن حوائجه.

(ولا يصح تخصيصه)؛ أي: المريض (غريماً)؛ أي: دائناً (بقضاء دَينه)[(٦)]؛ لأن في إيثار البعض إبطال حق البعض الآخر، وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء، وعند الشافعي: يصح التخصيص[(٧)]، (ولا) يصح أيضاً (إقرار لوارثه) بدَين أو عين[(٨)] إلا أن (يصدقه)؛ أي: المريض في الإقرار (بقية الورثة) إن كانوا، وللشافعي فيه قولان: أصحهما[(٩)]: إنه يصح للوارث كما يصح حال صحته[(١٠)]، [وكما يصح إقراره لوارثه بوديعة

---

(١) سقط من: (أ) و(ب).

(٢) ينظر: مختصر اختلاف العلماء: ٢١٠/٤.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) ينظر: المبسوط: ٢٦/١٨ ـ ٢٧، والهداية: ١٨٦/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٣٦/٢.

(٥) سقط من: (أ).

(٦) زيد في كل النسخ: (من باب نخصك بالعبادة).

(٧) ينظر: الأم: ٢٤١/٦.

(٨) في (ب): (وعين).

(٩) في (ج): (أصحها).

(١٠) ينظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي: ٤٧٢/٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب: ٦٩/٧.

مستهلكة][(١)(٢)].

ولنا: قوله ﷺ: «ألا لا وصية لوارث»[(٣)]، ولا إقرار له بدَين؛ ولأن حق الورثة[(٤)] تعلق بماله في مرضه، ألا يرى أنه ممنوع عن التبرع على الأجنبي بما زاد على الثلث[(٥)] وعلى الوارث أصلاً، وفي تخصيص البعض إبطال حق الباقين، فلا يجوز بخلاف الإقرار حال الصحة؛ لعدم الحَجْر، وبخلاف[(٦)] الإقرار للأجنبي؛ لأنه غير متهم فيه، وبخلافه للوارث بوديعة مستهلكة؛ لأن الكلام فيما إذا عاين الشهود الإيداع، ثم أقر في حالة المرض باستهلاكها؛ لانتفاء التهمة؛ إذ لو لم يقر يكون الضمان واجباً بموته مُجهلاً[(٧)]، وإن[(٨)] لم يُعاين الشهود الإيداع فالخلاف فيه ثابت.

(وإن أقر) [المريض][(٩)] بدين [أو عين][(١٠)] (لأجنبي؛ صح) استحساناً، (ولو أحاط بماله)؛ يعني: وإن أقر بجميع ماله؛ لما روي عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أنه قال: «إذا أقر الرَّجل في مرضه بدَين لرَجل آخر غير وارث، فإنه جائز، وإن أحاط ذلك [بماله]»[(١١)(١٢)]، ولم يعرف له مخالف

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء، لابن المنذر: ٤/٤٤٣، ومختصر اختلاف العلماء: ٤/٢١٠، وفتح العزيز بشرح الوجيز: ١١/٩٦.

(٣) ينظر: سنن ابن ماجه: ٢/٩٠٦، والمنتقى لابن جارود: ١/٢٣٨، ومصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه: وقال: إسناده صحيح: ٣/١٤٤، ورواه الترمذي، وقال: حسن صحيح: ٣/١٤٤.

(٤) في (أ): (الوارثة).

(٥) ينظر: المبسوط: ١٨/٣١، والهداية: ٣/١٨٦ ـ ١٨٧، والاختيار لتعليل المختار: ٢/١٣٦ ـ ١٣٧.

(٦) في (ج): (بخلاف).

(٧) في (ج): (مجتهلاً). أي: مُجهلاً للوديعة. ينظر: العناية شرح الهداية: ٨/٣٨٨.

(٨) في (ج): (إن).

(٩) سقط من: (ب).

(١٠) سقط من: (ب).

(١١) سقط من: (ب).

(١٢) عن محمد بن الحسن، عن يعقوب، عن محمد بن عبد الله العرزمي، عن نافع، عن=

في ذلك، فحل محل الإجماع[(١)]، والقياس: أن لا يصح الإقرار بالدَّين فيما زاد على الثلث؛ لأن الشرع قصر تصرفه عليه[(٢)].

(وإن أقر)؛ أي: المريض[(٣)] بشيء **(لأجنبي)** مجهول النسب، **(ثم أقر أنه ابنه؛ ثبت نسبه)** منه إن صادف شرائطه، **(وبطل[(٤)] إقراره، وإن أقر)**؛ أي: المريض **(لأجنبية، ثم تزوجها؛ لا يبطل إقراره)** لها، وعند زفر: يبطل هذا [أ/٣٢٥] الإقرار أيضاً للتهمة، ولنا: إنه أقر، وليس بينهما سبب التهمة، فلا يبطل بسبب[(٥)] يحدث بعده بخلاف المسألة الأولى؛ لأن دعوى النسب تستند[(٦)] إلى زمان العلوق، فظهر[(٧)] أن البنوة ثابتة زمان الإقرار، فلا يصح، أما الزوجية؛ فتقتصر على زمان التزوج، فلا يظهر أن إقراره كان لزوجته[(٨)].

(ولو أوصى لها)؛ أي: لامرأة أجنبية، **(ثم تزوجها)** بعد الوصية لها؛ **(بطلت)** الوصية؛ لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والزوجية ثمة[(٩)] قائمة، فلا تصح الوصية لها بهذا الاعتبار، **(ولو وهبها، ثم تزوجها، فلا رجوع)**[(١٠)]؛ أي: لو وهب لأجنبية شيئاً حال مرضه، ثم تزوجها له أن يرجع في الهبة؛ لأن هبة المريض في حكم الوصية، فكانت

= ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: إذا أقر الرَّجل في مرضه بدَين لرَجلٍ آخر غير وارثٍ؛ فإنه جائز، وإن أحاط ذلك بماله». وقال الأتقاني: ولكنهم استحسنوا جواز إقراره في الجميع لما روي عن ابن عمر... ينظر: تبيين الحقائق: ١٣/٤٣٤.

(١) ينظر: الإقناع، لابن المنذر: ٢/٧١٩.

(٢) ينظر: المبسوط: ١٨/٢٤، والهداية: ٣/١٨٧.

(٣) في (ج): (المقر).

(٤) في (ب): (بطل).

(٥) في (ب): (بسببه).

(٦) في (أ) و(ج): (مستند).

(٧) في (ب): (فيظهر).

(٨) ينظر: الهداية: ٣/١٨٧، والاختيار لتعليل المختار: ٢/١٣٨.

(٩) في (ج): (ثم).

(١٠) ينظر: المبسوط: ١٨/٣٢ ـ ٣٣، والاختيار لتعليل المختار: ٢/١٣٨.

مثلها صرح بذلك صاحب الاختيار، فعلى هذا يكون ما وقع في بعض النسخ من قوله: (فلا رجوع) سهواً أو غلطاً[١] من الكاتب[٢].

(**وإن أقر بغلام مجهول النسب**) هو الذي لا يعرف نسبه في البلدة التي هو فيها[٣] (**يولد مثله**)؛ أي: مثل ذلك الغلام (**لمثله**)؛ أي: لمثل المقر؛ يعني: هما في السن بحيث يولد مثل المقر له [للمقر][٤]، ولو لم يكن كذلك؛ كان المقر مكذباً ظاهراً (**أنه ابنه، وصدقه الغلام**) في ذلك عطف على (أقر) وجعله حالاً عن فاعله أو مفعوله أو عطفاً على (يولد[٥] مثله)[٦]؛ (**ثبت نسبه منه**)؛ [أي: نسب الغلام من المقر][٧]، (**ولو**) كان [المقر][٨] (**مريضاً، وشارك**) ذلك الغلام (**الورثة**) في الميراث؛ لأنه صار كالابن المعروف، وإنما قيد بقوله: (مجهول)؛ لأنه لو كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه، [وبقوله: يولد مثله؛ لأنه لو لم يمكن كذلك لا يثبت نسبه منه][٩]، وإنما شرط بتصديق[١٠] الغلام؛ لأن المسألة في غلام يُعَبِّر عن نَفْسه، فلا بدَّ من تصديقه[١١]؛ لأنه في يد نَفْسه، أما إذا كان صغيراً لا يُعَبِّر عن نَفْسه؛ فلا يشترط تصديقه؛ لأنه في يد غيره.

(**وصح إقرار الرَّجل بالوالدين**) بأن قال هذا: أبي[١٢] وأمي[١٣]،

---

(١) في (ج): (وغلطاً).
(٢) ينظر: المبسوط: ٣٢/١٨ ـ ٣٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٣٨/٢.
(٣) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٤/٢.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (أ): (بولد).
(٦) زيد في كل النسخ: (لا يصفو عن ثوب) وفي (ج): (مثوب) بدل (ثوب).
(٧) سقط من: (ب).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) سقط من: (ج).
(١٠) في (ب) و(ج): (تصديق).
(١١) في (أ) و(ج): (تصديق).
(١٢) في (ج): (بأبي).
(١٣) في (أ): (أو أمي).

(والولد) بأن قال: هذا ولدي **(والزوجة)** إذا كانت المرأة خالية عن نكاح الغير وعدته، وأن لا تكون تحت المقر أختها ونحوها ولا أربع سواها[(١)]، **(والمولى، وشرط تصديق هؤلاء)** إلا إذا كان المقر له صغيراً في يد المقر، وهو لا يعبر عن نفسه أو عبداً له، فيثبت نسبه بمجرد الإقرار، ولو كان عبداً لغيره؛ يشترط تصديق مولاه.

(وكذا إقرار المرأة)؛ يعني: يصح إقرارها بالوالدين والزوج والمولى، **(لكن شرط في إقرارها بالولد تصديق الزوج أيضاً)**؛ لأن فيه تحميل النسب عليه؛ إذ لا يمكن إلا به، فيشترط تصديقه إياها فيه؛ لأن الحق له[(٢)]، **(أو شهادة قابلة)** بولادتها ذلك الولد على فراش الزوج؛ لأن قول القابلة في هذا مقبول، وقد صح أن النبي ﷺ قبل شهادة القابلة على الولادة[(٣)].

(وصح تصديقهم) في النسب **(بعد موت المقر)**؛ لبقاء النسب بعد موته **(إلا تصديق الزوج بعد موتها)**؛ أي: لو أقرت امرأة بأن فلاناً زوجي وماتت، ثم صدقها الزوج بعد موتها لا يصح ذلك، ولا يرث منها عند أبي حنيفة، **(وعندهما: يصح)**؛ أي: تصديق الزوج بعد موت المرأة **(أيضاً)**؛ أي: كما يصح تصديق الزوجة بعد موت الزوج، فعليه مهرها، وله الميراث منها؛ لأن حكم النكاح باقٍ في حقها، وهو كونها في العدة، ولهذا جاز لها أن تُغَسِّله[(٤)].

وكذلك تصديق الزوج [إياها][(٥)] بعد موتها يصح عندهما؛ لأن

---

(١) في (ب): (سويها).

(٢) ينظر: الهداية: ١٨٨/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٣٨/٢.

(٣) ينظر: مصنف عبد الرزاق: ٣٣٤/٨، ومصنف ابن أبي شيبة: ٣٢٩/٤، والمعجم الأوسط: ١٨٩/١، وقيل: حديث باطل، لا أصل له. ينظر: تنقيح التحقيق، لابن عبد الهادي: ٥٤٦/٣.

(٤) في (ج): (يغسله).

(٥) سقط من: (ج).

الإرث من أحكام الزوجية، وهو باقٍ بعد موتها، فيصح تصديق الزوج إياها بالنظر إليه، ولأبي حنيفة: إن النكاح انقطع بالموت، ولهذا لايحل له غسلها، ولا يصح التصديق باعتبار الإرث؛ لأنه معدوم حالة الإقرار، وإنما يثبت بعد الموت، والتصديق يستند إلى وقت الإقرار[١].

(**وإن أقر بنسب غير الولادة**)[٢] بين المقر والمقر له (**كأخ وعم؛ لا يثبت**) نسبهما من الأب والجد؛ لما فيه تحميل النسب على الغير، (**ويرثه إن لم يكن له وارث معروف**) المراد به: غير الزوجين؛ لأن وجودهما غير مانع، (**ولو بعيداً**) كمولى الموالاة؛ أي: وإن كان للمقر وارث معروف ولو بعيداً؛ لا يرث المقر له[٣].

(**ومن مات أبوه، فأقر بأخ شاركه**) المقر له (**في الإرث**، و)لكن (**لا يثبت نسبه**) من أبيه؛ لأن إقراره تضمن[٤] شيئين[٥]: ١ ـ حمل النسب على الغير، ولا ولاية له عليه، ٢ ـ والتشريك في المال وله فيه ولاية، فيُعتبر الثاني لا الأول.

(**ولو كان**) أخوان (**لأبيهما الميت دَين على شخص، فأقر أحدهما بقبض أبيه نصفه**) وكذبه الآخر؛ (**فالنصف الباقي للآخر**) المكذب، (**ولا شيء للمقر**)؛ لأن إقراره ينصرف إلى نصيبه، ويحلف المقر[٦] المكذب بأنه ما يعلم أن أباه قبض النصف، فإن نكل ينصفان النصف، وإلا فلا[٧].

❋ ❋ ❋

(١) ينظر: الهداية: ١٨٨/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٣٨/٢.
(٢) في (أ) و(ب): (الولاد).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ٢٢٩/٧، والاختيار لتعليل المختار: ١٣٨/٢.
(٤) في (ج): (تضمين).
(٥) في (ب): (بشيئين).
(٦) ينظر: مجمع الأنهر: ٤٤٧/٦.
(٧) ينظر: الهداية: ١٨٩/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٣٨/٢.

فَصْلٌ:
[فِي حُكْمِ الصُّلْحِ عَنْ مَجْهُولٍ]

(يَجُوزُ الصُّلْحُ عَنْ مَجْهُولٍ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى مَعْلُوم)[1]، وأما الأول: فلأنه إسقاط[2]؛ والإسقاط لا تجري فيه المنازعة، وأما الثاني: فلأن كون مقدار المصالح عليه معلوماً شرطٌ؛ لأنه تمليك، والجهالة فيه تفضي إلى المنازعة، (فَيَجُوزُ عَنْ دَعْوَى الْمَال)؛ فيحمل على البيع وما يناسبه، وما جاز بيعه جاز صلحه[3].

(وَ)عن دعوى (الْمَنْفَعَةِ)[4]، كأن يدعي في دار سكنى سنة وصية من صاحبها، فجحد الوارث أو أقرّ[5]، فصالحه على مال أو منفعة جاز؛ لأن أخذ العوض عنها بالإجارة[6] جاز، فكذا الصلح، لكن إنما يجوز الصلح عن المنفعة على المنفعة إذا كانتا مختلفي الجنس، بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلاً؛ وأما إذا اتحد جنسهما كما إذا صالح عن السكنى على السكنى مثلاً؛ فلا يجوز.

(وَ)عَنْ دَعْوَى (الْجِنَايَةِ[7] فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا)؛ أي: الأطراف (عَمْداً أَوْ خَطَأً)[8].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٤٨٢/٧، والاختيار: ٤٢٤/٢.
(٢) الإسقاط عند الفقهاء: هو إزالة المِلْك، أو الحق، لا إلى مالك ولا إلى مستحق، وتسقط بذلك المطالبة به. ينظر: الاختيار: ١٢١/٣.
(٣) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٣٣٦/٨.
(٤) المنفعة عند الفقهاء: هي الفائدة الحاصلة بسبب استعمال العين والمقصودة في عقود التمليك. ينظر: بدائع الصنائع: ١٧٥/٤، درر الحكام: ١٠٠/١.
(٥) في (أ) و(ب) و(ج): (أخّر).
(٦) الإجارة عند الفقهاء: هي تمليك المنافع بمال. ينظر: الاختيار: ٤٢٢/٢.
(٧) الجناية: الجرم والذّنب، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه القصاص والعقاب في الدنيا والآخرة. ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع: ٤٣٣/١.
(٨) ينظر: الاختيار: ٤٢٥/٢ ـ ٤٢٦.

أما جواز الصلح عن الجناية في النفس عمداً؛ فلقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨] عقيب ذكر القصاص، قال ابن عباس ﷺ[١]: (نزلت في الصلح عنه)[٢]، والمعنى: فمن عُفي له من دم أخيه شيء؛ أي: ترك القصاص ورضي بالمال، فاتباع بالمعروف، وأما جواز الصلح عما دون النفس مطلقاً، وعن دعوى النفس في الخطأ[٣]؛ فلأن موجبها المال، فيصير بمنزلة البيع.

(وَعَنْ دَعْوَى الرِّقِّ)[٤]؛ يعني: لو ادعى على شخص مجهول الحال أنه عبده؛ فصالحه ذلك الشخص على مال جاز، (وَكَانَ)؛ [أي: الصلح بمال عن دعوى الرقِّ][٥] (عِتْقاً بِمَالٍ) في حق المدعي؛ لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه[٦]، وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة؛ لأنه يزعم أنه حرٌّ للأصل، فجاز، (وَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ) للمدعي؛ لإنكار المدعى عليه، إلا أن يقيم البينة بعد ذلك، فتُقبل ويثبت[٧] الولاء.

(وَ) عن (دَعْوَى الزَّوْجِ [النِّكَاحَ])[٨]؛ أي: لو ادعى رَجل على امرأة أنها زوجته فأنكرت، فصالحته على مال حتى يترك الدعوى؛ جاز، (وَكَانَ خُلْعاً)[٩]؛ أي: يكون ذلك [الصلح][١٠] في معنى الخلع؛ لأنه أمكن

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص٤٠٥.
(٢) صحيح البخاري: ٤٦/١٣، رقم الحديث (٤٤٩٨)، كتاب: التفسير، باب: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ﴾.
(٣) في (ج): (بالخطأ).
(٤) ينظر: خليج البحار: ص٤٠٣ في أنواع الرق.
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ب): (لزمه).
(٧) في (ج): (ثبت).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) الخلع عند الفقهاء: إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ (الخلع). ينظر: البحر الرائق: ٢٠١/٨.
(١٠) سقط من: (ج).

تصحيحه خلعاً [في جانبه][(١)] بناءً على زعمه، وفي جانبها بذلاً للمال لدفع الخصومة [أ/٣٢٧]، (وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ) ما بذلته له[(٢)] من المال (دِيَانَةً إِنْ كَانَ مُبْطِلاً) في دعواه، (وَلَوْ صَالَحَهَا) الرَّجل (بِمَالٍ لِتُقِرَّ لَهُ بِالنِّكَاحِ؛ جَازَ)؛ ويكون ذلك نكاحاً جديداً؛ وما بذل لها مهراً، (وَلَا يَجُوزُ) الصلح المذكور في الأصح (إِنْ ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ)؛ أي: [إن][(٣)] ادعت النكاح على الرَّجل.

(وَقِيلَ: يَجُوزُ)؛ يعني: إن ادعت المرأة على الرَّجل نكاحها؛ فصالحها على مال لتترك هي الدعوى، [قال القدوري في بعض نسخ المختصر: يجوز[(٤)]؛ ووجهه: أن يجعل ما صالح عليه زيادة في مهرها من جانبها ودفعاً للخصومة من جانبه، وفي بعضها: لم يجز؛ ووجهه: أن ترك الدعوى من قبلها إن جعل فرقة؛ فالزوج لا يعطي المرأة شيئاً على الفرقة، وإن لم يجعل فرقة بقي الحال على ما كان قبل الدعوى، فلم يكن في مقابلة هذا العوض شيءٌ، فلا يصح[(٥)]][(٦)].

(وَلَا) يجوز الصُّلْحُ (عَنْ دَعْوَى الْحَدِّ)[(٧)] بأن أخذ رَجل زانياً أو شارب خمرٍ ليرفعه إلى الحاكم؛ فصالحه المأخوذ على مال على أن لا يرفعه إلى الحاكم، فالصلح باطل، ويرد ما أخذه منه؛ لأن ذلك حق الله تعالى لا حق الآخذ، ولا يجوز الاعتياض[(٨)] عن حق غيره؛

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (الزوج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) أي: هكذا ذكر القدوري في بعض نسخ المختصر؛ يعني: قال: جاز هذا الصلح (وفي بعضها)؛ أي: في بعض نسخ (مختصر القدوري) قال الأترازي: ورأيت في نسخة ثقة من نُسَخ القدوري مكتوبة في تاريخ سنة خمس وعشرين وخمسمئة: عدم الجواز. البناية شرح الهداية: ١٠/١٦.
(٥) ينظر: اللباب في شرح الكتاب: ٣/٤١١.
(٦) من قوله: (قال القدوري في بعض نسخ المختصر) إلى قوله: (فلا يصح) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: خليج البحار: ص٧٦١.
(٨) الاعتياض: أخذُ العوَض، وهو البَدَل. ينظر: المصباح المنير: ٢/٥٢٣.

فكيف يجوز عن حق الله تعالى، واللام في الحد للاستغراقِ، فيدخل فيه حد القذف أيضاً؛ لأن الغالب فيه حق الله تعالى؛ فلهذا لا يجوز عفوه.

(وإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ مَأْذُونٌ[(١)] رَجُلاً عَمْداً وَصَالَحَ عَنْ نَفْسِهِ) بما في يده من الكسب؛ (لَا يَجُوزُ) الصلح، (بِخِلَافِ صُلْحِهِ عَنْ نَفْسِ عَبْدٍ لَهُ)؛ أَيْ: لِلْمَأْذُونِ (قَتَلَ رَجُلاً عَمْداً)؛ فإنه يجوز أن يصالح عنه.

ووجه الفَرْق: أن العبد المأذون رقبته مِلْك المولى، وما في يده من المال الذي اكتسبه أيضاً مِلْك المولى، فليس له أن يصالح عنه؛ لأنه لا يملك التصرف في نَفْسه بيعاً؛ فكذا لا يملك استخلاصها، فصار كالأجنبي في حق نَفْسه، أما عبده فهو من تجارته، وتصرفه فيه نافذ بيعاً؛ فكذلك ينفذ تصرفه فيه استخلاصاً[(٢)]، فإذا صالح عنه صار كأنه اشتراه.

(وَإِنْ صَالَحَ عَنْ مَغْصُوبٍ[(٣)] تَلِفَ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ جَازَ)، صورته: رَجل غصبَ ثوباً قيمتهُ مئة فاستهلكه، ثم صالح صاحب الثوب على مئة وعشرين؛ جاز الصلح عند أبي حنيفة، (وَقَالَا)[(٤)]: إنما يصح الصلح على مقدار قِيمَتِهِ، و(يَبْطُلُ الْفَضْلُ)؛ [أي][(٥)]: الزائد على قِيمَتِهِ؛ (إِنْ كَانَ) ذلك الفضل (مِمَّا لَا يَتَغَابَنُ[(٦)] فِيهِ)؛ لأن الواجب هو القيمة، وهي مقدرة، فالزيادة عليها تكون رباً، بخلاف [ما][(٧)] إذا صالح على عرض؛ فإن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، وبخلاف ما يتغابن فيه الناس؛

---

(١) أي: أذن له سيده بالتكسب والتجارة، وإذن السيد لعبده في التجارة ـ عند الحنفية خلافاً لزفر ـ هو إذن عام يجيز للعبد المأذون له التصرف في سائر التجارات عدا التبرعات. ينظر: الاختيار: ٢٥١/٢، وبدائع الصنائع: ١٣٧/١٠.

(٢) في (ج): (استخلاصها).

(٣) الغصب: هو أخذ مال متقوّم محترم مملوك للغير بطريق التعدي. ينظر: الاختيار: ٥٦١/٢.

(٤) أي: الإمامان: أبو يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني.

(٥) سقط من: (ب).

(٦) ينظر: خليج البحار: ص١٩٥٢.

(٧) (ما) سقط من: (ب).

لأنه يدخل تحت تقويم المقومين، فلا تتحقق الزيادة، ولأبي حنيفة: إن حق المالك باقٍ في الهالك، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء، فإذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً، فلا يكون رباً[١].

واعلم أن الخلاف فيما إذا كان الصلح على الأكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة؛ إذ لو كان بعده لا يجوز اتفاقاً[٢].

وقَيَّدَ بـ (التلف)؛ إذ لو صالح قبل التلف بأكثر من قيمته؛ يجوز اتفاقاً[٣].

(وَإِنْ) كَانَ الصلح (بِعَرْضٍ صَحَّ مُطْلَقاً اتِّفَاقاً)، فقوله: (مطلقاً)؛ يعني: سواء كان ذلك العرض أكثر من قيمة المغصوب المتلف بقَدْر يتغابن فيه أو لا؛ فهو جائز بالاتفاق؛ لما ذكرنا من عدم اعتبار الزيادة عند اختلاف الجنس.

(وَإِنْ أَعْتَقَ مُوسِرٌ عَبْداً مُشْتَرَكاً) نصفه له ونصفه لآخر، فأعتق نصيبه منه؛ (وَصَالَحَ) المعتق (عَنْ بَاقِيهِ) مع شريكه (بِأَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ)؛ أي: قيمة العبد؛ (بَطَلَ الْفَضْلُ) الزائد على نصف القيمة، فلو كانت قيمة العبد ألفاً؛ وأعتق نصفه، وصالح الشريك عن نصفه على ستمئة، بطل في المئة؛ لأنها هي الزائدة على نصف القيمة بالاتفاق، أما عندهما: فلما مرَّ من لزوم الربا[٤]، وأما عند أبي حنيفة؛ فلأن القيمة في العتق منصوص عليها، وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي، فلا تجوز الزيادة عليه، بخلاف ما تقدم؛ لأن الزيادة هناك غير منصوص عليها[٥].

وإنما قيد بقوله: (موسر)؛ لأنه إذا كان معسراً يجب سعاية[٦] النصف

---

(١) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي: ٢١٨/٣، والبناية شرح الهداية: ١٩/١٠.

(٢) ينظر: العناية: ٤٢٠/٨، ودرر الحكام: ٣٩٩/٢.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق: ٣٨/٥، ودرر الحكام: ٣٩٩/٢.

(٤) ينظر: ملتقى الأبحر: ١٢٢.

(٥) ينظر: العناية: ٤٢١/٨.

(٦) السعاية: تعني سعي المكاتَب في فك رقبته؛ أي: يكتسب المال ليتخلص به منَ الرق. ينظر: المصباح المنير: ٢٧٧/١.

على العبد، (وَإِنْ) كان الصلح (بِعَرْضٍ؛ صَحَّ كَيْفَ مَا كَانَ؛ لِمَا مَرَّ) وإنْ كانت قيمته أزيد؛ لما مرَّ من عدم ظهور الفضل عند اختلاف الجنس(١).

(وَيَجُوزُ صُلْحُ الْمُدَّعِي بِمَالٍ يَدْفَعُهُ إِلَى الْمُنْكِرِ لِيُقِرَّ لَهُ) [بحقه](٢).

وصورته: رَجل ادعى على آخر عيناً في يده، فأنكره، فصالحه على مال ليعترف له بالعين، فإنه يجوز، ويكون ذلك في حق المنكر كالبيع؛ وذلك المال كالثمن، وفي حق المدعي كالزيادة في الثمن(٣).

(وَبَدَل) مبتدأ (الصُّلْحِ عَنْ دَمِ عَمْدٍ أَوْ عَلَى بَعْضِ دَيْنٍ يَدَّعِيهِ يَلْزَمُ) خبر المبتدأ (الْمُوَكِّلَ لَا الْوَكِيلَ)؛ يعني: من وكل آخر بأن يصالح عن دم عمداً كان قد لزمه، أو بأن يصالح عن دَين يدعيه المدعي على بعض ذلك الدين، ففعل الوكيل ذلك؛ لم يلزمه ما صالح به، وهو لازم للموكل؛ لأن الصلح عن القود معاوضة بإسقاط الحق، والصلح على بعض الدَّين إسقاط محض، فالوكيل فيه سفير ومعير، والسفير لا ضمان عليه؛ كالوكيل بالنكاح لا يلزمه المهر، (إِلَّا إِنْ ضَمِنَهُ)؛ أي: ضمن الوكيل بدل الصلح، والاستثناء(٤) [منقطع](٥)، فيكون حينئذ مؤاخذاً بعقد الضمان لا بعقد الصلح، (وَبَدَلُ مَا)؛ أي(٦): صلح (هُوَ كَبَيْعٍ)؛ يعني: إذا كان الصلح عن مال بمال (يُلْزِمُ الْوَكِيلَ)؛ لأن الحقوق حينئذ ترجع إلى الوكيل، هذا إذا كان الصلح عن إقرار، وأما إذا كان عن إنكار؛ فلا يجب البدل على الوكيل؛ كذا في الكفاية(٧).

---

(١) ينظر: العناية: ٨/٤٢٠.
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الاختيار: ٢/٤٢٩.
(٤) في (ج): (فالاستثناء).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): زيد قوله: (بدل) في هذا الموضع.
(٧) ينظر: خليج البحار: ص٤٨٣.

(وَإِنْ صَالَحَ) مع المدعي (فُضُولِيٌّ)[١] عن جانب المدعى عليه، (وَضَمِنَ الْبَدَلَ، أَوْ أَضَافَ) الصلح (إِلَى مَالِهِ)؛ أي: مال نَفْسه درهماً أو عرضاً؛ بأن قال: صالحتك على ألف من مالي، أو على عبدي هذا مثلاً، (أَوْ أَشَارَ) فيه (إِلَى عَرْضٍ أَوْ نَقْدٍ بِلَا إِضَافَةٍ) بأن قال: على هذا الألف، أو على هذا العبد، (أَوْ أَطْلَقَ) الصلح عن الإضافة والإشارة؛ بأن قال: صالحتك على ألف درهم، أو عبد، (وَسَلَّمَ؛ صَحَّ) الصلح في هذه الصورة إذا رضيَ المدعي بذلك، (وَكَانَ) الفضولي (مُتَبَرِّعاً) عن المدعى عليه فيما أداه؛ إذا كان بغير أمر المدعى عليه؛ كما لو تبرع بقضاء الدَّين عليه، بخلاف ما إذا كان بأمره؛ فإنه يرجع عليه بما أدَّاه، (وَإِنْ أَطْلَقَ وَلَمْ يُسَلِّمْ؛ تَوَقَّفَ)؛ أي: لو أن الفضولي أطلق البدل، ولم يضفه إلى مِلْكه؛ ولم يشر إلى شيء هو له، أو أضاف إلى شيء ولم يُسلمه[٢]، يكون الصلح موقوفاً على إجازة المدعى عليه، (فَإِنْ أَجَازَهُ)؛ أي: ما فعل الفضولي (الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)؛ (جَازَ) الصلح وزال التوقف، (وَلَزِمَهُ الْبَدَلُ) الذي ذكره الفضولي؛ لأن نفع الصلح ـ وهو دفع الخصومة ـ حاصل له، ولزمه البدل لالتزامه إياه باختياره[٣]، (وَإِلَّا)؛ أي: وإن لم يجزه المدعى عليه؛ (بَطَلَ) الصلح الموقوف، [أ/٣٢٨] ولا يلزم الفضولي شيء من البدل؛ لأن المصالح هنا وهو الفضولي لا ولاية له على المطلوب؛ فلا ينفذ تصرفه عليه[٤].

❊ ❊ ❊

باب الصلح في الدَّين

لَمَّا ذكر حكم الصلح من عموم الدعاوى[٥]؛ ذكر في هذا الباب

(١) ينظر: خليج البحار: ص١٠٥٥ و١٩٤٦.
(٢) في (ج): (يسلم).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ٧/٤٩٤.
(٤) ينظر: المصدر السابق.
(٥) ينظر: ملتقى الأبحر: ٣٨٤.

حكم الخاص، وهو دعوى الدَّين؛ لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم[١]، كذا في العناية[٢]، (**الصُّلْحُ عَمَّا أُسْتُحِقَّ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ**)[٣]؛ أي: وجب وثبت بسبب عقد المداينة كالبيع بالدَّين والقرض والغصب إذا وقع (**عَلَى بَعْضِ جِنْسِهِ**) كما إذا كان المدعى به الألف درهم، فصولح على خمسمئة، أو كان عشرة دنانير، فصولح على خمسة دنانير، أو كان مئة جياد[٤]، فصولح[٥] على مئة زيوف، فذلك الصلح في الحقيقة (**أَخْذٌ لِبَعْضِ حَقِّهِ**)؛ أي: يكون المدعي في ذلك آخذاً لبعض حقه (**وَإِسْقَاطٌ لِبَاقِيهِ**)؛ أي: يكون مبرئاً المدعى عليه من[٦] الخمسمئة في الفصل الأول، وعن الخمسة دنانير في الثاني، وعن وصف الجودة في الثالث.

وإن لم يقل: أبرأتك؛ (**لَا مُعَاوَضَةٌ**)؛ أي: لا يكون ذلك الصلح على وجه المعاوضة بأن تكون الخمسمئة عوضاً عن الألف، والخمسة دنانير عوضاً عن العشرة؛ لأن تصرف العاقل يتحرى لتصحيحه ما أمكن، ولا وجه للمعاوضة، للزوم الربا، فجعل إسقاطاً، وكذلك لو كان الدَّين مئة درهم جياداً، فصولح على مئة زيوف يكون أخذ الزيوف إسقاطاً لصفة الجودة[٧].

ولهذا فرّع على ما ذكر بقوله: (**فَلَوْ صَالَحَ عَنْ أَلْفٍ حَالٍّ عَلَى مِئَةٍ حَالَّةٍ**

---

(١) ينظر: العقد المنظوم في الخصوص والعموم: ٣٣٩/٢.
(٢) ينظر: العناية: ٤٢٥/٨، وتبيين الحقائق: ٤١/٥.
(٣) عقد المداينة: أي: الالتزام الحاصل بين شخصين بسبب الدَّين، وهو ما يجب في الذمة بالعقد والاستهلاك أو بالاستقراض. ينظر: طلبة الطلبة: ص٢٩٠، ودرر الحكام: ١٠٠/١.
(٤) الجياد: هي دراهم فضّية خالصة تروّج في التجارات، وتوضع في بيت المال، وهي أعلى أنواع الدراهم جودة، وإذا أطلقت الدراهم، فيراد بها الجياد. ينظر: الهداية: ٢٢٠/٢، وحاشية ابن عابدين: ٢٣٣/٥، والمحيط البرهاني: ٢٩٥/٧.
(٥) في (أ) و(ب): (فصالح).
(٦) في (ج): (عن).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق: ٤١/٥، والعناية: ٤٢٥/٨.

أَوْ عَلَى أَلْفٍ مُؤَجَّلٍ) إلى شهر مثلاً **(صَحَّ)** الصلح، ويكون في الأول: آخذاً من حقه مئة ومسقطاً تسعمئة، وفي الثاني: كأنه أجّل نَفْس الألف لا أنه عوض ألفاً مؤجلة عن ألف[١] حالة؛ لأن تعويض الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز، فحملناه على تأخير الحق[٢]، **(وكَذَا)** لو صالح **(عَنْ أَلْفٍ جِيَادٍ عَلَى مِئَةٍ زُيُوفٍ)**؛ صح، ويكون ذلك إسقاطاً لتسعمئة، ولصفة الجودة في المئة.

(وَلَا يَصِحُّ) الصلح **(عَنْ دَرَاهِمَ)** حالّة **(عَلَى دَنَانِيرَ مُؤَجَّلَةٍ)**؛ لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة، فلا يمكن حمله على التأخير، ولا وجه له سوى المعاوضة، وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز كما بيَّن في الصرف[٣]، فلا يصح الصلح **(أَوْ عَنْ أَلْفٍ مُؤَجَّلٍ عَلَى نِصْفِهِ حَالّاً)**؛ أي: لا يصح أيضاً عن ألف درهم مؤجلة على خمسمئة حالة؛ لأن المعجل خير من المؤجل، والمعجل غير مستحق بالعقد فيكون التعجيل بإزاء ما أسقط على الخمسمئة، وهو اعتياض عن الأجل، وذلك حرام **(أَوْ عَنْ أَلْفٍ سُودٍ)**؛ أي: دراهم من النقرة السوداء[٤]، وهو رديئها **(عَلَى نِصْفِهِ بِيضاً)**؛ أي: لا يجوز الصلح عن ألف درهم سود على خمسمئة بِيض؛ لأن البِيض غير مستحقة بعقد المداينة، لأن من له السوداء لا يستحق البِيض فقد صالح على ما لا يستحق بعقد المداينة، وكان معاوضة الألف بخمسمئة، وزيادة وصف الجودة، فكان رباً بخلاف ما لو عكس؛ لأنه يكون إسقاطاً عن القَدْر والوصف.

(وَلَوْ صَالَحَ عَنْ أَلْفِ دِرْهَمٍ وَمِئَةِ دِينَارٍ عَلَى مِئَةِ دِرْهَمٍ حَالَّةٍ أَوْ مُؤَجَّلَةٍ؛ صَحَّ) ويحمل هذا على إسقاط الدنانير كلها، وتسعمئة درهم من الألف، وتأجيلها إن كان الأصل حالاً[٥].

---

(١) في (أ): (الألف).

(٢) ينظر: مختصر القدوري: ص١٨٨، والاختيار: ٤٣٠/٢، واللباب: ٤١٤/٣.

(٣) ينظر: ملتقى الأبحر: ص١٦٣.

(٤) هي الدراهم السود المضروبة من النقرة السوداء. ينظر: المبسوط: ١٨/١٤، والمحيط البرهاني: ٣٢٢/٦.

(٥) ينظر: العناية: ٤٢٦/٨، والبناية: ٢٦/١٠.

(وَإِنْ قَالَ مَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفٌ: أَدِّ غَداً نِصْفَهُ)؛ أي: خمسمئة (عَلَى أَنَّك بَرِيءٌ مِنْ بَاقِيهِ، فَفَعَلَ) المديون ما قال: الدائن (بَرِئَ) من النصف الآخر، (وَإِلَّا)؛ أي: وإن لم يفعل (فَلَا يَبْرَأُ) من الباقي بل يعود عليه الألف، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، (خِلَافاً لِأَبِي يُوسُفَ)، فإن عنده: لا تعود عليه الألف؛ لأنه إبراء مطلق، وذلك لأنه جعل أداء الخمسمئة عوضاً عن إبراء الخمسمئة [الأخرى][(١)]، حيث ذكره بكلمة (على)، وهي للمعاوضة في مثل هذا.

ولهما: إن هذا إبراء مقيد بالشرط، فيفوت بفوات شرطه[(٢)]، وكلمة (على) كما تكون للمعاوضة قد تكون للشرط؛ لوجود معنى المقابلة فيه، فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً للتصرف[(٣)].

وهذه المسألة على وجوه: أحدها: ما ذكره، والثاني: ما بينه بقوله: (وَإِنْ قَالَ) لمن له عليه الألف: (صَالَحْتُك عَلَى نِصْفِهِ)؛ أي: على خمسمئة (عَلَى أَنَّك إِنْ لَمْ تَدْفَعْ غداً النِّصْفَ؛ فَالْأَلْفُ عَلَيْك، لَا يَبْرَأُ) المديون (إِذَا لَمْ يَدْفَعْ) الخمسمئة (إِجْمَاعاً)[(٤)]؛ لأنه أتى بصريح التقييد، فإذا لم يوجد بطل.

والثالث: ما ذكره بقوله: (وَإِنْ قَالَ) للمديون: (أَبْرَأْتُك مِنْ نِصْفِهِ)؛ أي: من [نصف][(٥)] الألف؛ يعني: خمسمئة (عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي نِصْفَهُ)؛ أي: خمسمئة (غَداً؛ بَرِئَ) المديون (مِنْ نِصْفِهِ)؛ أي: من خمسمئة (أَعْطَى)

---

(١) في النسخ: (الأخر).
(٢) في (ج): (شرط).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ٤٧٦/٧، والاختيار: ٤٣١/٢، والبحر الرائق: ٤٤١/٧.
(٤) ينظر: الإجماع، لابن المنذر: ص١٤٠، والإقناع في مسائل الإجماع: ٢٦١/٢. والإجماع: هو اتفاق علماء العصر على حكم النازلة، ويُعْرَفُ اتفاقُهُم بقولِهِم، أو قول بعضهم وسكوت الباقين، حتى ينقرض العصر عليه. ينظر: العدة في أصول الفقه: ١٧٠/١، والورقات: ص٢٤، وقواطع الأدلة في الأصول: ٤٦١/١.
(٥) سقط من: (ج).

الخمسمئة الباقية غداً (أَوْ لَمْ يُعْطِ)؛ لأنه أطلق الإبراء أولاً، وأراد الخمسمئة الباقية لا يصلح (عوضاً) مطلقاً، لكن [يصلح][(١)] شرطاً، فوقع الشك [في][(٢)] تقييده بالشرط، فلا يتقيد[(٣)].

والرابع: قوله: (وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَدِّ إِلَيَّ نِصْفَهُ)؛ أي: خمسمئة (عَلَى أَنَّك بَرِيءٌ مِنْ بَاقِيهِ)؛ أي: من الخمسمئة الباقية (وَلَمْ يُوَقِّتْ) للأداء وقتاً، فيصح الإبراء، ولا يعود الدَّين؛ لأن هذا إبراء مطلق؛ لأنه لما لم يوقت للأداء وقتاً لا يكون للأداء غرض صحيح؛ لأنه واجب [عليه][(٤)] [في مطلق الأزمان، ولم يتقيد، فيحمل على المعاوضة، ولا يصلح عوضاً، بخلاف ما تقدَّم؛ لأن الأداء في الغد غرض صحيح[(٥)].

والخامس: قوله: (وَلَوْ قَالَ: إنْ أَدَّيْت إلَيَّ نِصْفَهُ؛ فَأَنْتَ بَرِيءٌ، أَوْ إذَا أَدَّيْت) [إليّ نصفه؛ فأنت بريء][(٦)]، (أَوْ مَتَى أَدَّيْت) نصفه؛ فأنت بريء؛ (لَا يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ، وَإِنْ) ـ وصلية ـ (أَدَّى)؛ لأنه علق البراءة بالشرط صريحاً، وهو باطل؛ لما في الإبراء من معنى التمليك حتى يريد بالرد، بخلاف ما تقدَّم؛ لأنه لم يأتِ بصريح الشرط، فحمله على التقييد به[(٧)].

(وَمَنْ قَالَ سِرّاً)؛ أي: خِفْية (لِرَبِّ دَيْنِهِ: لَا أُقِرُّ لَك) بمالك (حَتَّى تُؤَخِّرَ)؛ أي: مطالبته (عَنِّي، أَوْ تَحُطَّ) عني منه كذا، (فَفَعَلَ) الدائن ما قاله المديون؛ (جَازَ) التأخير ـ إن وقَّت [له] ـ[(٨)] والحط مطلقاً؛ لأنه تصرف صدر من المالك لا عن إكراه، (وَإِنْ أَعْلَنَ)؛ أي: إن قال المديون

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الاختيار: ٢/٤٣١.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) من قوله: (في مطلق الأزمان) إلى قوله: (غرض صحيح) سقط من: (ج).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: الهداية: ٢/٢٢١.
(٨) سقط من: (ج).

ذلك عند الشهود و(لَزِمَهُ) الدَّين (لِلْحَالِ)؛ أي: بلا تأخير ولا حط؛ لأنه يؤاخذ بإقراره.

❋ ❋ ❋

(فَصْلٌ)

في الدَّين المشترك

وهو ما حصل بسبب متحد كما لو باع عبداً مشتركاً صفقة[١]، أو استهلكه إنسان، أو كان الدَّين ميراثاً بين الورثة (إِنْ صَالَحَ أَحَدُ رَبَّيْ الدَّيْنِ)؛ أي: لو صالح أحد الشريكين في الدَّين مع المديون (عَنْ نِصْفِهِ) الذي هو نصيبه (عَلَى ثَوْبٍ) أو غيره؛ (فَلِشَرِيكِهِ) الساكت (أَنْ يَتَّبِعَ)؛ أي: أن يُطالب (الْمَدْيُونَ بِنِصْفِهِ) الباقي الذي هو نصيبه؛ لأنه كان عليه، ولم يستوفه، فيبقى في ذمته إذا القابض قبض نصيبه، لكن له حق المشاركة[٢] (أَوْ يَأْخُذَ) الشريك (نِصْفَ الثَّوْبِ) من شريك[٣] [المصالح][٤] [أ/٣٢٩]؛ لأن له حق المشاركة؛ لأنه عوض عن دَينه (إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ الْمُصَالِحَ رُبُعَ الدَّيْنِ)؛ لأنّ حقه في الدَّين لا في الثوب[٥]، ولا فرق فيه بين الصلح عن إقرار وعن سكوت أو عن إنكار[٦].

ثم المصنِّف قيد بكون المصالح عنه دَيناً؛ لأنه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح، وليس لشريكه[٧] أن يشاركه فيه

(١) في (ج): (صفقتيه).
(٢) ينظر: كنز الدقائق: ٥٢٠، والاختيار: ٣/٤٣٢، واللباب: ٣/٤١٨.
(٣) في (أ) و(ب): (لشريك).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: مختصر القدوري: ص١٨٨، والاختيار: ٣/٤٣٢.
(٦) ينظر: البحر الرائق: ٧/٤٤٢.
(٧) في (ج): (لشريك).

لكونه معاوضة من كل وجه؛ لأن المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدَّين. وقيده بكون المصالح عليه ثوباً ومراده خلاف جنس الدَّين؛ لأنه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه، ويرجع على الدَّين، وليس للقابض فيه خيار؛ لأنه بمنزلة قبض الدَّين.

(وَإِنْ قَبَضَ)؛ يعني: أحد الشريكين (شَيْئاً مِنَ الدَّيْنِ) عيناً (شَارَكَهُ شَرِيكُهُ) الآخر (فِيه، وَاتَّبَعَا الْغَرِيمَ بِمَا بَقِيَ)؛ لأن ما أعطاه لمَّا كان مشتركاً بين الشريكين؛ لم يكن للغريم أن يقول للذي أعطاه النصف: إني [قد][1] أوفيت حقك[2].

(وَإِنْ اشْتَرَى) أحدهما (بِنَصِيبِهِ شَيْئاً) من المديون (ضَمَّنَهُ شَرِيكُهُ) الآخر (رُبُعَ الدَّيْنِ) إن شاء؛ لأنه صار قابضاً نصف الدَّين بالمقاصة[3]، فيضمنه شريكه نصف ذلك النصف، وهو ربع الكل (أَوْ) (اتَّبَعَ الْغَرِيمَ)؛ لأن حقه في ذمته باق؛ لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة، لكن له حق المشاركة، فله أن يشارك.

(وَمَنْ أَبْرَأَ)؛ [أي: أبرأ][4] أحد الشريكين الغريم عَنْ نَصِيبِهِ (أَوْ قَاصَّ الْغَرِيمَ بِدَيْنٍ) عليه (سَابِقٍ) له (لَا يَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ) في الصورتين: أما في الأول؛ فلأن الإبراء إتلاف لحقه، وليس بقبض، والضمان إنما يلحق القبض، فلا يرجع عليه[5]، وأما في الثانية؛ فلأنه قاض دَيناً بالمقاصة لا قابض شيئاً.

(وَإِنْ أَبْرَأَ عَن الْبَعْضِ قُسِّمَ الْبَاقِي) من الدَّين (عَلَى سِهَامِهِ)؛ فإن

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق: ٢٩/٥.

(٣) المقاصة: أي: أن يصير المستوفى دَيناً في ذمة المستوفي. ينظر: بدائع الصنائع: ٢٥٤/٨.

(٤) سقط من: (ب) و(ج).

(٥) ينظر: الهداية: ٢٢٢/٣.

الدَّين بينهما نصفان، وإبراء أحدهما نصف نصيبه، وهو الربع، قُسِّم الباقي أثلاثاً؛ لأنه بقي له ربع وللآخر نصف، (وَإِنْ أَجَّلَ) أحد الشريكين (نَصِيبَهُ؛ لَا يَصِحُّ) عند أبي حنيفة ومحمد (خِلَافاً لِأَبِي يُوسُفَ)، هو يقول: لو أبرأ عن نصيبه؛ صح، وهما يقولان: إنه يستلزم قسمة الدَّين قبل القبض، وأنه لا يجوز؛ لأنه وصف في الذمة ولا يتصور فيه التبعيض والتجزي، (وَبَطَلَ صُلْحُ أَحَدِ رَبَّيْ السَّلَم)؛ أي: أحد الشريكين في سَلَم (عَنْ نَصِيبِهِ عَلَى مَا دَفَعَ) من رأس المال؛ لأنه لو جاز في نصيبه خاصة بدون إذن شريكه؛ لكان قسمة الدَّين في الذمة، ولو جاز في نصيبهما بأن يكون المصالح عنه على الاشتراك؛ فلا بدَّ من إجازة الآخر دفعاً للضر عنه (خِلَافاً لَهُ أَيْضاً)؛ لأنه دَين مشترك، فإذا صالح أحدهما على حصته؛ جاز كسائر الديون.

قيد بقوله: على ما دفع؛ لأنه لو كان على غيره لا يجوز اتفاقاً[1]؛ لما فيه من الاستبدال بالمُسْلَم[2] فيه.

❊ ❊ ❊

[فصل
في التخارج][3]

(وَإِنْ أَخْرَجَ الْوَرَثَةُ أَحَدَهُمْ) هذه مسألة التخارج الشهيرة، وهي على وجوه؛ لأن الصلح مع الوارث المخرج: إما أن يكون (عَنْ عَرْضٍ) من التركة، (أَوْ) عن (عَقَارٍ) منها (بِمَالٍ)، أو (عَنْ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ) بالآخر، (أَوْ

---

(١) ينظر: العناية: ٨/٤٣٣، والبناية: ١٠/٣٧.

(٢) في (أ) و(ب): (المسلم).

(٣) التخارج: إخراج بعض الورثة عما يستحقه في التركة بمال يدفع إليه، وسببه: طلب الخارج ذلك من الورثة عند رضا غيره. ينظر: البناية شرح الهداية: ١٠/٣٨.

عَنْهُمَا)؛ أي: عن النقدين معاً[(١)] (بِهِمَا)؛ أي: بالنقدين: ففي هذه الوجوه (صَحَّ) ذلك الإخراج والتعويض (قَلَّ الْبَدَلُ أَوْ كَثُرَ)[(٢)] أما صحة الصلح عن حقه من العروض أو العقار؛ فلإمكان جعله بيعاً بأن يكون ما قبضه ثمناً وعوضاً عن حصته، ولما ورد فيه من[(٣)] الأثر عن عثمان ﷺ، فإنه صالح امرأة عبد الرحمٰن بن عوف[(٤)] على ثلاثة وثمانين ألف دينار، وكان له أربع نسوة، فحظها ربع الثمن، فصالح على نصف ذلك، وهو جزء من أربعة وستين جزءاً، وكان بحضرة الصحابة ﷺ)[(٥)]، فحل محل الإجماع[(٦)]، وأما صحة الصلح عن حصته من الفضة بذهب وبالعكس؛ فهو كذلك؛ لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس، فيجوز فيه التفاوت، ولكن يعتبر التقابض في المجلس لكونه صرفاً[(٧)].

وأما صحة الصلح عن النقدين بهما؛ فإنه يجوز كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلافه، فيكون الذهب عوضاً عن الفضة، وهي عوض عنه، وههنا أيضاً يعتبر التقابض في المجلس لكونه صرفاً[(٨)]، (وَعَنْ نَقْدَيْنِ وَغَيْرِهِمَا بِأَحَدِ النَّقْدَيْنِ لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُعْطَى) عوضاً (أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ)؛ يعني: لو كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك من

---

(١) في (ج): (مع).
(٢) ينظر: البحر الرائق: ٤٤٣/٧، والحاوي القدسي: ١٣٧/٢.
(٣) في (ج): (عن).
(٤) عبد الرحمٰن بن عوف بن عبد عوف بن عبد بن الحارث بن زهرة أبو محمد، كان يُسمَّى في الجاهلية عبد عمرو، وقيل: عبد الكعبة، فسماه النبي ﷺ عبد الرحمٰن، أحد العشرة وأحد الستة أهل الشورى الذين مات النبي ﷺ وهو عنهم راض، وأحد السابقين البدريين، القرشي الزهري، وهو أحد الثمانية الذين بادروا إلى الإسلام، (ت٣٢هـ). ينظر: تاريخ خليفة: ١٦٦، والتاريخ الكبير: ٢٤٠/٥، والاستيعاب: ٨٤٤/٢ ـ ٨٥٠، وأسد الغابة: ٤٧٥/٣ ـ ٤٨٠.
(٥) ينظر: مصنف عبد الرزاق: ٢٨٩/٨، والسنن الكبرى: ٦٥/٦، قال الزيلعي عن الأثر: غريب، ينظر: نصب الراية: ٢٦٩/٤.
(٦) ينظر: الاختيار: ٤٣٤/٢. والمراد هنا بالإجماع هو إجماع الصحابة.
(٧) ينظر: تحفة الفقهاء، للسمرقندي: ٢٧/٣، وينظر: خليج البحار: ص١٩٤٥.
(٨) ينظر: الهداية: ٢٢٤/٢، واللباب: ٤٣٢/٣.

العروض أو العقار، فصالحوه على ذهب؛ فلا بدَّ أن يكون أكثر مما في التركة من الذهب أو على فضة، فلا بدَّ أن يكون أكثر مما فيه التركة من الفضة؛ ليكون المثل بمثله قدراً، أو الزائد في مقابلة الباقي من غيره (وَإِنْ بِعَرْضٍ جَازَ مُطْلَقاً)؛ أي: لو كان بدل الصلح في هذه الصورة عرضاً صح كيف ما كان لعدم الربا، (وَإِنْ) كان (فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلَى النَّاسِ فَأَخْرَجُوا)؛ أي: أخرجوا أحدهم عن التركة؛ (لِيَكُونَ الدَّيْنُ لَهُمْ بَطَلَ الصُّلْحُ)؛ لأن فيه تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين يعني حصة المصالح من ذلك الدَّين.

ثم ذكر لصحة الصلح حيلاً، فقال: (وَإِنْ شَرَطُوا)؛ أي: الورثة في هذه المسألة (بَرَاءَةَ الْغُرَمَاءِ مِنْ نَصِيبِهِ)؛ أي: نصيب المصالح من الدَّين؛ (صَحَّ) الصلح؛ لأنه إما إسقاط أو تمليك الدَّين[١] ممن عليه الدَّين، وهو جائز، فيكون حيلة لجواز ما ذكر من التخارج.

(وَكَذَا) إنْ (قَضَوْا حِصَّتِهِ مِنْهُ تَبَرُّعاً) هذه حيلة أخرى لصحة التخارج المذكورة، وهي أن يقضي الورثة حصة الوارث المخرج من ذلك الدَّين تبرعاً عن[٢] المديون، (أَوْ أَقْرَضُوهُ)؛ أي: المصالح (قَدْرَهَا وَأَحَالَهُمْ)؛ [أي: أحال المصالح الورثة][٣] (بِهِ)؛ [أي: بالقرض الذي أخذه منهم][٤] (عَلَى الْغُرَمَاءِ وَصَالَحُوهُ عَنْ غَيْرِهِ) وهذه حيلة أخرى أولى من الحيلتين السابقتين، وهي أن يقرض الورثة المخرج بمقدار حقه من الدَّين، ويحيلهم بذلك على من عليه الدَّين، ثم يصالحوه عما وراء الدَّين من التركة.

(وَفِي صِحَّةِ الصُّلْحِ عَنْ تَرِكَةٍ هِيَ أَعْيَانٌ) غير متعددة (مَعْلُومَةٍ عَلَى مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ) متعلق بقول الصلح (اخْتِلَافٌ) مبتدأ مؤخر، قال بعض

---

(١) في (ج): زيد هنا قوله: (وهو المصالح).
(٢) في (ج): (من).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).

المشايخ[١]: لا يجوز لاحتمال الربا.

وقال بعضهم: يجوز[٢]؛ لأنها شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة بخلاف الشبهة[٣]، (وَالْأَصَحُّ: الْجَوَازُ إِنْ عَلِمَ أَنَّهَا غَيْرُ الْمَكِيلِ أَوْ الْمَوْزُونِ)؛ لأنها لا تفضي إلى المنازعة (إِذَا كَانَتْ كُلُّهَا فِي يَدِ الْبَقِيَّةِ) من الورثة لقيام المصالح عنه حينئذ، وكونه معلوماً، (وَبَطَلَ الصُّلْحُ)؛ يعني: بطريق التخارج[٤] المذكور (وَالْقِسْمَةُ) أيضاً[٥] بين الورثة، وذلك (إِنْ كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ)؛ أي: يحيط جميع التركة بأن لا يبقى شيء بعد أدائه؛ لأن التركة لم يملكها الورثة ليصح تصرفهم فيه، (وَإِنْ) كان الدَّين على الميت (غَيْرَ مُسْتَغْرِقٍ؛ فَالْأَوْلَى أَنْ لَا يُصَالِحَ قَبْلَ قَضَائِهِ)؛ لأن قضاء الدَّين من حاجة الميت، وهي مقدمة على [أ/٣٣٠] حق الورثة.

(وَلَوْ فَعَلَ) ما ذكر من التخارج (قَالُوا: يَجُوزُ) الصلح؛ لأن التركة لا تخلو عن قليل دَين، والدائن قد يكون غائباً، فلو جعلت التركة موقوفة يتضرر الورثة والدائن لا يتضرر؛ لأن على الورثة قضاء دَينه (وَالْقِسْمَةُ تَجُوزُ) على ما ذكره الكرخي[٦] (قِيَاساً[٧] لَا اسْتِحْسَاناً، وَقِيلَ: الْقِيَاسُ: أَنْ يُوقَفَ الْكُلُّ، وَالِاسْتِحْسَانُ: أَنْ يُوقَفَ قَدْرُ الدَّيْنِ) للغرماء، (وَيُقَسَّمَ

---

(١) وهو قول: الإمام ظهير الدين المرغيناني. ينظر: العناية: ١٠/٤٤٣، والبناية: ١٠/٤٣.

(٢) وهو قول: أبو جعفر الهنداوي (ت٣٦٢هـ). ينظر: العناية: ١٠/٤٤٣، والبناية: ١٠/٤٣.

(٣) ينظر: كنز الدقائق: ٥٢١.

(٤) في (ج): (الخارج).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) ينظر: خليج البحار: ص١٥٣.

(٧) ليس المراد بالقياس هنا الدليل الأصولي، وهو حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما، أو نفيه عنهما، بأمر جامع بينهما، من حكم أو صفة. ينظر: إرشاد الفحول: (٢/٨٩)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: (٢/٥٧٨). وإنما معناه: القاعدة العامة أو الأصل.

الْبَاقِي) وجه القياس: [أن][1] الدَّين يتعلَّق بكل جزء من التركة، ووجه الاستحسان: لزوم ضرر الورثة[2].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: الهداية: ٢/٢٢٤، اللباب: ٣/٤٢٤.

كتاب المضاربة

(هِيَ) لغة: مفاعلة من الضرب في الأرض، [وهو][(١)] السير فيها، سمّي هذا العقد بها؛ لأن المضارب يسير في الأرض غالباً لطلب الربح[(٢)]، وشرعاً (شَرِكَةٌ) في (الرِّبْحِ بِمَالٍ مِنْ جَانِبٍ)، وهو جانب رب المال (وَعَمَلٍ مِنْ جَانِبٍ) آخر، وهو جانب المضارب[(٣)]، (وَالْمُضَارِبُ أَمِينٌ) بعد القبض قبل التصرف؛ لأنه قبض المال بإذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء؛ لأنه قبضه بدلاً، وبخلاف الرهن؛ لأنه قبضه وثيقة.

(فَإِذَا تَصَرَّفَ؛ فَوَكِيلٌ)؛ أي: يصير بالتصرف في حكم الوكيل؛ لأنه يتصرف فيه بإذن مالكه، (فَإِنْ رَبِحَ؛ فَشَرِيكٌ) له في الربح؛ لأنه يحصل بالمال (وَإِنْ خَالَفَ) المضارب ما شرط المالك؛ (فَغَاصِبٌ) لوجود التعدي منه على مال غيره، (وَإِنْ شَرَطَ كُلَّ[(٤)] الرِّبْحِ لَهُ؛ فَمُسْتَقْرِضٌ، وَإِنْ شَرَطَ)؛ أي: إن شرط كل الربح (لِرَبِّ الْمَالِ؛ فَمُسْتَبْضِعٌ)؛ لأن عقد المضاربة مبنيٌّ على الشركة في الربح، وهو مستحق بالمال من جهة رب المال، وبالعمل من جهة المضارب، فإذا لم تتحقق الشركة في الربح؛ خرج

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: المصباح المنير: ٥٤٧/٢، وتهذيب الأسماء واللغات: ١٨٢/١.

(٣) ينظر: البحر الرائق: ٤٤٨/٧، والهداية: ٢٢٥/٢.

(٤) سقط من: (ج).

العقد عن أن يكون مضاربة، فإن كان الربح كله للمضارب؛ كان المال في يده قرضاً، وإن كان الربح لرب المال؛ كان المال في يد المضارب بضاعة[١].

(وَإِنْ فَسَدَتْ) المضاربة؛ (فَأَجِيرٌ)؛ لأن المضارب عامل لرب المال في ماله وشريك له في ربحه، وما شرط له من الربح كالأجرة على عمله، فما دامت صحيحة؛ فهذا الحكم جاز، لكن على سبيل الشركة بحيث إنه إن حصل ربح أخذ حصته منه، وإلا فلا، وإذا فسدت المضاربة؛ اضمحل معنى الشركة[٢]، وظهر معنى الإجارة، (فَلَهُ)؛ أي: للمضارب (أَجْرُ مِثْلِهِ)؛ أي: أجر مثل عمله على المالك (رَبِحَ) العمل (أَوْ لَمْ يَرْبَحْ) كالإجارة الفاسدة[٣]، وهو بدل عمله؛ لأنه لا يستحق المُسَمَّى لعدم الصحة، ولم يرضَ بالعمل مجاناً؛ فيجب أجر المثل[٤].

(وَلَا يُزَادُ) أجر المثل (عَلَى) قَدْر (مَا شُرِطَ لَهُ) من الربح (عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ)[٥]؛ لأنه رضي به (خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ)[٦]، فإن له أجر المثل عنده بالغاً ما بلغ؛ [لأنه][٧] تعذر تقديره بالمسمى من الربح للجهالة الفاحشة، فبطلت التسمية في حق المقدار، وصار كأنه قال: استأجرتك[٨] على عمل كذا، فيجب له أجرهُ بالغاً ما بلغ.

---

(١) ينظر: الاختيار: ٤٦٠/٢، والبناية: ٤٥/١٠.

(٢) في (ج): (الشرط).

(٣) الإجارة الفاسدة: وهي كل عقد كان مشروعاً بأصله دون وصفه، وبين الفاسد والباطل. ينظر: البحر الرائق: ٥٢٩/٧.

(٤) أجر المثل عند الفقهاء: الأجرة؛ أي: المنفعة التي قدرها أهل الخبرة السالمون عن الغرض. ينظر: درر الحكام: ٣٧٨/١.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع: ١٠/٨، والمسائل البدرية المنتخبة من الفتاوى الظهيرية: ٥٩٩/٢.

(٦) ينظر: البناية: ٤٨/١٠، وفتح باب العناية: ٤٢٦/٣.

(٧) (لأنه) سقط من: (ج).

(٨) في (ج): (استأجرت).

(وَلَا يَضْمَنُ) المضارب (الْمَالَ) بالهلاك (فِيهَا)؛ أي: في المضاربة الفاسدة (أَيْضاً)؛ [أي][١]: كما لا يضمنه في المضاربة الصحيحة؛ لأنه عين مستأجرة في يده، ولا ضمان على الأجير الخاص فيما هلك في يده[٢].

(وَلَا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ إِلَّا بِمَالٍ تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ) كالدراهم والدنانير وتبرهما[٣] إن جرى التعامل به، وبالفلوس الرائجة[٤]، (وَإِنْ دَفَعَ) إلى المضارب (عَرْضاً وَقَالَ: بِعْهُ وَاعْمَلْ فِي ثَمَنِهِ مُضَارَبَةً، أَوْ قَالَ: اقْبِضْ مَالِي عَلَى فُلَانٍ، وَاعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً؛ جَازَ) عقد المضاربة (أَيْضاً)؛ [أي][٥]: كما جاز في تسليم النقد؛ لأنه لم يضف المضاربة إلى العرض، بل إلى ثمنه، فيكون وكيلاً ببيع العروض، وقبض ثمنه، ثم يصير مضارباً فيه[٦].

(وَشُرِطَ تَسْلِيمُ الْمَالِ)؛ أي: مال المضاربة (إِلَى الْمُضَارِبِ بِلَا يَدٍ لِرَبِّ الْمَالِ فِيهِ)؛ لأن المال أمانة في يد المضارب، فلا بدَّ من التسليم إليه بخلاف الشركة؛ وذلك لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر، فلا بدَّ أن يخلص المال للعامل؛ ليتمكن من التصرف فيه، وأما العمل في الشركة فمن الجانبين، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة لانتفاء شرطها وهو العمل منهما (عَاقِداً كَانَ)

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: نتائج الأفكار في شرح الرموز والأسرار: ٤٧١/٨، والاختيار: ٤٦١/٢.

(٣) التبر عند الفقهاء: هو الذهب والفضة قبل أن يضربا دنانير ودراهم، فإذا كانا عيناً، وقد يطلق التبر على غيرهما من المعدنيات كالنحاس والحديد والرصاص، وأكثر اختصاصه بالذهب. ينظر: النهاية في غريب الحديث: ٢٠٢/١.

(٤) الرائجة عند الفقهاء: راجت الدراهم؛ أي: تعامل بها الناس. ينظر: تاج العروس: ٦٠٠/٥، مادة (روج).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع: ١٥/٨، وفتح باب العناية: ٤٢٦/٣.

رب المال، (أَوْ غَيْرَ عَاقِلٍ كَالصَّغِيرِ إِذَا عَقَدَهَا لَهُ وَلِيُّهُ، وَ[١] أحد الشَّرِيكَيْنِ إِذَا عَقَدَهَا)؛ أي: المضاربة الشريك (الْآخَرُ)، فلو شرط عمل الصبي أو الشريك مع المضارب تفسد؛ لأن يد المِلْك ثابتة للصبي[٢] استقلالاً، وللشريك شركة، وبقاء اليد للمالك في الجملة يمنع استقلال المضارب؛ لقيام المِلْك لهما، وإن لم يكونا عاقدين[٣]، وَشُرِط (كَوْنُ الرِّبْحِ بَيْنَهُمَا)؛ أي: بين رب المال [والمضارب][٤] (مُشَاعاً) بحيث لا يستحق أحدهما دراهم مسماة؛ لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما[٥]، (فَتَفْسُدُ) إنْ (شُرِطَ لِأَحَدِهِمَا عَشَرَةُ دَرَاهِمَ مَثَلاً)؛ لأنه ربما لا يكون الربح إلا ذلك القَدْر، فتنقطع الشركة بينهما في الربح، فتفسد المضاربة، ويلزم للمضارب أجر مثله؛ لأنه ابتغى عن منافعه عوضاً، ولم ينله للفساد والربح لرب المال تماماً؛ لأنه نماء مِلْكه[٦].

(وَكُلُّ شَرْطٍ يُوجِبُ جَهَالَةَ الرِّبْحِ يفسدها)؛ أي: يفسد المضاربة كشرط رب المال على المضارب أن يدفع إليه أرضه ليزرعها سَنَة، أو داره ليسكنها سَنَة[٧]، (وَمَا لَا)؛ أي: إن لم يوجب الشرطُ جهالةَ الربح، (فَلَا) يفسد العقد، (وَ)لكن (يَبْطُلُ الشَّرْطُ)؛ لأنه لا يفضي إلى جهالة حصة العمل أو نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غيره ولا جهالة فيه (كَشَرْطِ الْوَضِيعَةِ) وهو الخسران (عَلَى الْمُضَارِبِ) كأن يقول له رب المال مثلاً: الربح بيننا، والخسران عليك، فإنه شرط زائد لا يوجب قطع [عقد][٨] الشركة في الربح ولا الجهالة فيه، فلا يكون مفسداً،

---

(١) في (ج): (أو).
(٢) في (ج): (لصبي).
(٣) ينظر: البناية: ٥١/١٠.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ب) و(ج): زيد هنا قوله: (لا بدَّ منها).
(٦) ينظر: مختصر القدوري: ص١٧١، واللباب: ٣٢٥/٣.
(٧) ينظر: تبيين الحقائق: ٥٥/٥، والبحر الرائق: ٤٤٩/٧.
(٨) سقط من: (ج).

وتكون الوضيعة على رب المال؛ لأن ما فات جزءاً من المال، فالهلاك يلزم صاحب المال دون غيره، والمضارب أمين فيه، فلا يلزم بالشرط[١].

(وَلِلْمُضَارِبِ فِي مُطْلَقِهَا)؛ أي: في المضاربة[٢] المطلقة؛ يعني: غير المقيدة بنوع أو زمان أو مكان (أَنْ يَبِيعَ، وَ) أن (يَشْتَرِيَ) بنَفْسه[٣]، (وَ)أن (يُوَكِّلَ) وكيلاً (بِهِمَا)؛ أي: بالبيع[٤] وبالشراء، (وَ)له أن (يُسَافِرَ) بالمال إلى الأماكن المعتادة للتجارة، (وَ)له أن (يُبْضِعَ)؛ أي: يعطي من المال بضاعة للتجارة، (وَ) له أن (يُودِعَ) المال؛ إذ فيه حفظ المال، وهو من صنيعهم، (وَ)أن (يَرْهَنَ)؛ لأنه استيفاء (وَ) أن (يَرْتَهِنَ)؛ لأنه إيفاء، (وَ) أن (يُؤَاجِرَ، [وَيَسْتَأْجِرَ][٥]، وَيَحْتَالَ)؛ أي: يَقْبَل الحوالة (بِالثَّمَنِ عَلَى الْأَيْسَرِ)؛ أي: على من كان موسراً، (وَغَيْرِهِ)؛ إذ كل[٦] ذلك من توابع التجارة، فينظم إطلاق العقد[٧].

(وَلَوْ أَبْضَعَ)[٨] المضاربُ (لِرَبِّ الْمَالِ؛ صَحَّ، وَلَا تَفْسُدُ بِهِ) [أ/٣٣١]؛ أي: بإبضاع رب المال (الْمُضَارَبَةُ)؛ لأن[٩] له أن يودع ويبضع الأجنبي، فلرب المال أولى؛ لأنه أحفظ[١٠].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: ٥/٥٥، والاختيار: ٢/٤٦١.

(٢) في (ج): (المضارب).

(٣) في (ج): (نَفْسه).

(٤) في (ج): (البيع).

(٥) سقط من: (ب).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) ينظر: نتائج الأفكار: ٨/٤٧٥، البناية: ١٠/٥٢، فتح باب العناية: ٣/٤٢٧.

(٨) الإبضاع عند الفقهاء: هو بعث المال مع من يتجر به تبرعاً، والربح كله لرب المال. أو هو اتجار ببضاعةٍ للمالك ربحها، والعامل وكيلٌ متبرع. ينظر: منتهى الإرادات: ١/٤٦٠.

(٩) في (ج): (لأنه).

(١٠) ينظر: مختصر القدوري: ص١٧١، فتح باب العناية: ٣/٤٢٧.

(وَلَيْسَ لَهُ)؛ أي: للمضارب[(١)] (أَنْ يُضَارِبَ إِلَّا بِإِذْنِ رَبِّ الْمَالِ أَوْ بِقَوْلِهِ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِك)؛ لأن الشيء لا يتضمن مثله؛ لأنهما في القوة سواء، فلا بدَّ من التنصيص [عليه][(٢)]، أو التفويض المطلق إليه، (وَلَا أَنْ يُقْرِضَ أَوْ يَسْتَدِينَ) وهو أن يشتري بالدراهم بعدما اشترى برأس المال سلعة؛ يعني: اشترى سلعة بأكثر من مال المضاربة، (أَوْ) أن (يَهَبَ، أَوْ يَتَصَدَّقَ)؛ أي: ليس للمضارب أن يفعل شيئاً من ذلك (إِلَّا بِتَنْصِيصٍ) فقط، والتفويض لا يتناول هذه الأشياء؛ لأن المراد من قوله: اعمل برأيك التعميم فيما هو من عادة التّجار[(٣)] في الاسترباح، فهذه الأشياء تبرع محض، فلا يتناولها[(٤)].

وفرَّع على قوله: (أو يستدين) بقوله: (فَإِنْ شَرَى) المضارب (بِمَالِهَا)؛ أي: بمال المضاربة (بَزّاً) البزّ ـ بفتح الباء الموحدة وبالزاء[(٥)] المعجمة ـ عند أهل الكوفة: ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والخز[(٦)]، (وقَصَرَهُ[(٧)] أَوْ حَمَلَهُ بِمَالِهِ)؛ أي: بمال المضارب متعلق الفصلين، (فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ) بما أنفقه على القصر والحمل بذلك، فلا يرجع بأجر القصارة والحمل على رب المال؛ لأنه لا يملك الاستدانة إلا بصريح الإذن.

(وَإِنْ) ـ وصلية ـ (قِيلَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِك) أطلق المصنِّف هذه المسألة، وذكر غيرهُ أن فيها خلافاً، وأن التبرع إنما هو قولهما[(٨)]، وعند أبي

---

(١) في (ب): (بالمضارب) وفي (ج): (المضارب).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (التجارة).
(٤) ينظر: الاختيار: ٤٦٢/٢، البناية: ٥٢/٨.
(٥) في (ج): (بالزاء) بدون واو.
(٦) الخزّ: الثياب المعمولة من الحرير. ينظر: تاج العروس: ١٣٧/١٥، مادة (خزز).
(٧) قصره: قَصَرَ الصبّاغُ الثوبَ: أي: بَيَّضَهُ، والقصارة ـ بكسر القاف ـ : مهنة القَصّار. والقصارة ـ بفتح القاف ـ فِعلُ القصار. ينظر: البناية: ٩٣/١٠، والبحر الرائق: ٤٦٠/٧.
(٨) أي: قول أبي يوسف ومحمد.

حنيفة(١): إن له ذلك، حتى لو باع مرابحة كان(٢) له أن يضم ما أنفقه إلى رأس المال ويكون حصة الربح منه له، لهما: إن رب المال لم يأمره بذلك، [فيكون](٣) متبرعاً(٤)، وقوله له: اعمل برأيك يختص بما يعود إلى مال المضاربة لا بمال نفسه؛ لأن الإنسان لا يحتاج في التصرف بمال نفسه إلى إذن، ولأبي حنيفة: إن ذلك من صنيع التجار، فهو كسائر التصرفات المعهودة لهم، ولا شك أن القصر والحمل مما تزيد به القيمة، فيكون ما زاد بسبب القصر والحمل للمضارب؛ لأنه نماء مِلْكه، وناشئ عنه(٥).

(وَلَهُ الْخَلْطُ بِمَالِهِ وَالصَّبْغُ إنْ قِيلَ لَهُ ذَلِكَ)؛ أي: للمضارب أن يخلط مال المضاربة بمال نَفْسه، وأن يصبغ الثياب المشتراة بمالها بمال نفسه إن نص رب المال على ذلك، (فَلَا يَضْمَنُ به)؛ أي: على هذا التقدير لا يضمن بخلط مال المضاربة بماله(٦) أو صبغ ثوبها من عنده، (وَيَصِيرُ شَرِيكاً بِمَا زَادَ الصَّبْغُ)، ثم بَيَّنَ حكم شركته في الصبغ بقوله: (وَحِصَّتُهُ لَهُ إِذَا بِيعَ) [ذلك الثوب المصبوغ تكون حصة الصبغ من الربح له؛ لأنه نماء ماله](٧)، (وَحِصَّةُ الثَّوْبِ فِي الْمُضَارَبَةِ)(٨)؛ لأن أصله منها، فربحه لها.

(وَإِنْ قُيِّدَتْ) المضاربة عند عقدها (بِبَلَدٍ(٩)، أَوْ سِلْعَةٍ أَوْ وَقْتٍ أَوْ

---

(١) ينظر: فتح باب العناية: ٤٢٨/٣.
(٢) في (ج): (كأن).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: فتح باب العناية: ٤٢٨/٣.
(٥) ينظر: البناية: ٥٣/١٠.
(٦) في (ج): (بمال نفسه).
(٧) قوله: (ذلك الثوب المصبوغ تكون حصة الصبغ من الربح له؛ لأنه نماء ماله) سقط من: (ج).
(٨) في (ج): زيد ـ هنا ـ قوله: (أي: في مالها؛ يعني: إذا صبغ ثوب المضاربة بماله، فإذا بيع ذلك الثوب المصبوغ تكون حصة الصبغ من الربح له؛ لأنه نماء ماله وحصة الثوب في المضاربة).
(٩) في (ج): (ببلدة).

مُعَامِلٍ مُعَيَّنٍ) نحو أن يقول رب المال: اتَّجِرْ في الكوفة، أو في البزّ[(١)]، أو[(٢)] أيام موسم الحج، أو مع الصيارف[(٣)] مثلاً؛ (فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ) عما قيد به؛ لأنه توكيل (كَمَا فِي الشَّرِكَةِ)، لأن المضارب إنما يملك التصرف بتفويض رب المال، فيتقيد تصرفه بما فوض إليه، (فَإِنْ تَجَاوَزَ)؛ أي: عما عيّنه المالك (ضَمِنَ) المال؛ لأنه بالمخالفة صار غاصباً، (وَ)حينئذ يكون (الرِّبْح لَهُ)؛ أي: للمضارب؛ إذ ربح الغصب للغاصب.

(فَإِنْ قَالَ لَهُ: عَامِلْ أَهْلَ الْكُوفَةِ، أَو) عامل (الصَّيَارِفَةَ، فَعَامَلَ فِي الْكُوفَةِ غَيْرَ أَهْلِهَا أَوْ صَارَفَ مَعَ غَيْرِ الصَّيَارِفَةِ)[(٤)] المعهودين (لَا يَكُونُ مُخَالِفاً)؛ لأن قوله: عامل أهل الكوفة، معناه: من كان فيها سواء كان قاطناً[(٥)] أو مسافراً، والمراد من الصيارفة: من يبيع[(٦)] في الصرف سواء كان متعيناً لذلك[(٧)] أو متعاطياً له من غيرهم، فالأول: تقييد بالمكان، والثاني: تقييد بالنوع.

(وَكَذَا لَوْ قَالَ) له: (اشْتَرِ فِي سُوقِهَا)؛ أي: سوق الكوفة، (فَاشْتَرَى فِي غَيْرِهِ)؛ أي: في [غير][(٨)] سوق الكوفة من أطرافها لا يكون مخالفاً، ولا يصح التقييد المذكور؛ لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة، فلا يكون للتقييد فائدة (بِخِلَافِ قَوْلِهِ: لَا تَشْتَرِ فِي غَيْرِ السُّوقِ)؛ لأنه صرح بالنهي والمنع عن غير السوق والولاية له[(٩)].

(وَإِنْ قَالَ) رب المال للمضارب: (خُذْ هَذَا الْمَالَ، تَعْمَلُ بِهِ فِي

---

(١) في (ج): (البزاز) وفي (أ): (البزا). والبزازة ـ بكسر الباء ـ التجارة بالثياب. ينظر: الاختيار: ٣/٩٠.
(٢) في (ج): (و).
(٣) في (ج): (الصارف).
(٤) في (ج): (الصارفة).
(٥) في (ج): (واطناً). والقاطن: المقيم. ينظر: الفائق في غريب الحديث: ٣/٢١٠.
(٦) في (ج): (يتعامل).
(٧) في (ج): (ذلك).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) ينظر: نتائج الأفكار: ٨/٤٧٧، وفتح باب العناية: ٣/٤٢٨.

الْكُوفَةِ، أَوْ فَاعْمَلْ بِهِ [فِيهَا][١]، أَوْ خُذْهُ بِالنِّصْفِ[٢] فِيهَا)؛ أي: في الكوفة، أو قال: على أن تعمل به في الكوفة، أو في مكان كذا؛ (فَهُوَ تَقْيِيدٌ) وتخصيص؛ لأنه تفسير له في الأول، والفاء للوصل في الثاني، والباء للإلصاق في الثالث، وكل ذلك يكون شرطاً في المضاربة لا يجوز للمضارب أن يتعداه (بِخِلَافِ) قوله: (خُذْهُ وَاعْمَلْ بِهِ فِيهَا)، فإن له [حينئذ][٣] أن يعمل فيها وفي غيرها؛ لأن الواو للعطف، فيصير بمعنى المشورة إن شاء قَبِل، وإن شاء عمل برأيه[٤]، قال الزيلعي[٥]: لأن الواو للعطف، والشيء لا يعطف على نَفْسه، وإنما يعطف على غيره، وقد يكون للابتداء إذا[٦] كان بعد جملة، فيكون مشورة لا شرطاً[٧].

(وَلِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ) إجماعاً[٨] (بِنَسِيئَةٍ مَا لَمْ يَكُنْ) الأجل الذي باع إليه (أَجَلاً لَا يَبِيعُ إِلَيْهِ التُّجَّارُ) نحو أن يبيع إلى عشر سنين ـ مثلاً ـ، فإنَّ ذلك غير معهود ولو كان الربح أضعافاً مضاعفة؛ [لأن الإطلاق إنما ينتظم ما هو العُرف[٩] عندهم][١٠]، (وَإِنْ بَاعَ بِنَقْدٍ، ثُمَّ أَخَّرَ؛ صَحَّ إِجْمَاعاً)[١١]؛ لأنه[١٢] لما جاز له البيع نسيئة جاز له التأخير؛ لأنه فرعه، (وَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) في: (ج) زيد هنا قوله: (من مال المضاربة).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: العناية: ٤٥٨/٨، والبناية: ٥٧/١٠.
(٥) ينظر: خليج البحار: ص٢١٤.
(٦) في (ج): (إذ).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق: ٦٠/٥.
(٨) ينظر: بدائع الصنائع: ٣٠/٨، والجوهرة النيرة: ٢٩٧/٢.
(٩) العرف: فهو ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقّته الطباع السليمة بالقَبُول. وقيل: هو ما عُرف العقلاء أنه حسن، وأقرهم الشارع عليه، وهو دليل كاشف إذا لم يوجد نصّ ولا إجماع على اعتباره أو إلغائه، كالاستئجار بعوض مجهول لا يؤدي إلى النزاع. ينظر: الفصول في الأصول: ١١/٤.
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) ينظر: العناية: ٤٧٢/٨، والبناية: ٨٣/١٠.
(١٢) في (ج): (لأن).

لِعَبْدِ الْمُضَارَبَةِ فِي التِّجَارَةِ)؛ لأن له أن يوكل الأجنبي في البيع والشراء، وتصرف عبد التجارة أحوط[١] من تصرف الأجنبي وأحرى[٢]، فكان أحق بالجواز.

(وَلَيْسَ لَهُ)؛ أي: للمضارب (أَنْ يُزَوِّجَ عَبْداً أَوْ أَمَةً مِنْ مَالِهَا)؛ أي: [من][٣] مال المضاربة؛ لأنه ليس من باب التجارة[٤]، وعن[٥] أبي يوسف: إن له تزويج الأَمَة؛ إذ فيه كسب المهر وسقوط النفقة عند البيتوتة[٦].

وَلَا (أَنْ يَشْتَرِيَ) المضارب (بِهِ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ) سواء كان بسبب القرابة أو بالثمن[٧]؛ لأن عقد المضاربة لتحصيل الربح، [وذا][٨] لا يتحقق فيمن يعتق على رب المال، (فَإِنْ شَرَى) عبداً بهذه الصفة (كَانَ لَهُ)؛ أي: للمضارب (لَا لَهَا)؛ أي: للمضاربة[٩]؛ لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري ينفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف أمر الموكل يقع الشراء لنفسه[١٠]، (وَلَا) للمضارب (أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ)؛ أي: على المضارب (إِنْ كَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ)؛ لأنه يعتق عليه نصيبه[١١]، ويفسد نصيب رب المال

---

(١) في (ج): (محوط).

(٢) في (ج): (أخرى).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) ينظر: الحاوي القدسي: ١٦٧/٢، والاختيار: ٤٦٤/٢.

(٥) في (ج): (وعند).

(٦) ينظر: فتح باب العناية: ٤٢٨/٣. والبيتوتة: وهذا إذا كان زوَّجها الضارب ـ على رأي أبي يوسف ـ لرَجل، فإنها تسقط نفقتها عن سيِّدها وتتحول النفقة على زوجها. وإنما تسقط نفقتها عن سيدها بحصول البيتوتة، والبيتوتة: هي أن يُخَلِّيَ المولى بين الأمة وزوجها في منزل الزوج، ولا يستخدمها. ينظر: المحيط البرهاني: ٣٢٥/٣.

(٧) في (ب) و(ج): (باليمين).

(٨) سقط من: (ج).

(٩) في (ج): (لا للمضاربة).

(١٠) ينظر: البناية: ٥٩/١٠، وفتح باب العناية: ٤٢٨/٣، واللباب: ٣٢٩/٣.

(١١) سقط من: (ج).

عنده، ويعتق عندهما، فلا يحصل المقصود، وهو البيع للاسترباح[١].

(فَإِنْ فَعَلَ)؛ أي: اشترى من يعتق على واحد منهما؛ (ضَمِنَ) المال؛ لأنه اشترى بمال التجارة لنفسه، (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ؛ صَحَّ) للمضارب شراء[٢] من يعتق عليه؛ لأنه لا مِلْك[٣] له فيه، فيقدر على بيعه، (فَإِنْ حَدَثَ رِبْحٌ بَعْدَ الشِّرَاءِ) المذكور و[٤] زادت قيمة العبد المشترى (عَتَقَ نَصِيبُهُ)؛ أي: نصيب المضارب [أ/٣٣٢] منه بسبب دخول بعض قريبه في مِلْكه، (وَلَا يَضْمَنُ) لرب المال شيئاً؛ لأنه لا صنع له في زيادة القيمة، ولا في تلك الزيادة؛ لأن ذلك شيء ثبت حكماً، فصار كما إذا ورث قريبه أو من حلف بعتقه مع غيره حيث لا يضمن للغير نصيبه (بَلْ يَسْعَى) العبد (الْمُعْتَقُ فِي نَصِيبِ رَبِّ الْمَالِ)؛ لأن ماليته صارت محبوسة عنده، فيسعى في قيمتها كما في الوارثة[٥].

(وَلَو اشْتَرَى الْمُضَارِبُ بِالنِّصْفِ أَمَةً بِأَلْفٍ، وَقِيمَتُهَا أَلْفٌ)، فوطئها، (فَوَلَدَتْ) الأمة (وَلَداً يُسَاوِي) الولد (أَلْفاً، فَادَّعَاهُ)؛ أي: ادعى المضارب أنه ابنه حال كونه (مُوسِراً)، ثم كبر الولد، (فَصَارَتْ قِيمَتُهُ أَلْفاً وَنِصْفَهُ)؛ أي: صارت قيمة الولد ألف وخمسمئة؛ (اسْتَسْعَاهُ)؛ أي: يكون (رَبُّ الْمَالِ) مخيراً إن شاء استسعى الولد عند قدرته على ذلك (فِي أَلْفٍ وَرُبُعِهِ)؛ أي: ربع الألف وهو مئتان وخمسون، (أَوْ أَعْتَقَهُ)؛ أي: أعتق ربُّ المال الولد إن شاء، فَإِذَا قَبَضَ رب المال (الْأَلْفَ) من الغلام بالاستسعاء وهو رأس المال؛ (ضَمِنَ الْمُدَّعِي)؛ أي: مدعي البنوة، وهو المضارب (نِصْفَ قِيمَةِ الْأَمَةِ)، [ونصفه الآخر للمضارب من الأمة؛ لأنها ربح][٦].

---

(١) ينظر: نتائج الأفكار: ٤٧٩/٨، والهداية: ٢٢٨/٢ ـ ٢٢٩.
(٢) في (ج): (شراهُ).
(٣) في (ج): (مالك).
(٤) في (ج): (أو).
(٥) ينظر: مختصر القدوري: ص١٧٢، الاختيار: ٤٦٥/٢.
(٦) سقط من: (أ) و(ب).

باب المضارب[(١)]

يقرأ بالتنوين، وعدمه[(٢)] أظهر[(٣)] (الْمُضَارِبُ يُضَارِبُ) مع آخر، (فَإِنْ ضَارَبَ الْمُضَارِبُ بِلَا إِذْنٍ) ذكر المضارب[(٤)] بلام الجنس، ونكّر الإذن قصداً للتعميم، فإنّ المضارب الأول إذا دفع إلى ثان، والثاني إلى ثالث، وهلمَّ جرّا، فكل مضارب سابق بمنزلة رب المال، وكل مضارب لاحق بمنزلة المضارب، والأحكام واحدة.

فإذا دفع مضارب إلى آخر شيئاً بغير إذن رب المال؛ (فَلَا ضَمَانَ) عليه فيما دفع (مَا لَمْ يَعْمَلْ) المضارب (الثَّانِي) بأن يتجر ويشتري ويبيع ـ عند أبي حنيفة ـ (فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا، وَفِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ) بن زياد (عَنِ الْإِمَامِ) أبي حنيفة: (لَا يَضْمَنُ بِالْعَمَلِ أَيْضاً مَا لَمْ يَرْبَحْ)، فإذا ربح[(٥)] الثاني؛ ضمن الأول له رب المال[(٦)]، وقال زفر: يضمن بمجرد الدفع إلى الثاني عمل الثاني أو لم يعمل، وهو رواية عن أبي يوسف[(٧)]؛ لأن المضارب إنما يملك الإيداع فقط، وهذا إنما وقع[(٨)] على وجه المضاربة، فيضمن.

ووجه قولهما في ظاهر الرواية: إن[(٩)] الدفع المذكور إيداع حقيقة،

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (أ): (وعدم).
(٣) يقصد بهذه العبارة (بابٌ) يقرأ بالتنوين وعدمه، فإذا قرأناه بالتنوين فهو خبر لمبتدأ محذوف تقديره هذا بابٌ، فإن قرأناه بدون تنوين، فيبقى خبراً، وهو مضاف، والمضارب: مضاف إليه.
(٤) في (ب): (للمضارب).
(٥) في (ج): (يربح).
(٦) في (ج): (لرب المال).
(٧) ينظر: البناية: ١٠/٦٥، ونتائج الأفكار: ٨/٤٨٤.
(٨) في (أ) و(ب): (دفع).
(٩) في (أ) التصقت ألف (أن) بتاء الرواية، فأصبحت تقرأ (الروايتان)، وهو تصحيف ظاهر.

وإنما يتكرر كونه مضاربة بالعمل فكان، قبله وديعة، وهي غير مضمونةٍ، ووجه قول أبي حنيفة في رواية الحسن: إن الدفع قبل العمل إيداع، وبعد العمل إبضاع[١]، وهما مما يملكه المضارب، فلا يضمن بهما عما ربح، فقد ثبت له شركة في المال، فيضمن المضارب؛ لكونه قد أشرك الغير في مال رب المال بغير إذنه كما لو خلطه بمال غيره، وهذا إذا كانت هذه المضاربة صحيحة، (وَإِنْ كَانَتْ) المضاربة (الثَّانِيَةُ فَاسِدَةً؛ فَلَا ضَمَانَ) على الأول، (وَإِنْ) ـ وصلية ـ (رَبِحَ) الثاني؛ لأنه حينئذ يكون أجيراً، ويستحق[٢] أجر مثله، فلا تثبت الشركة به، [وإنما أطلق المصنِّف الضمان ههنا، ولم يُبيّن أنه على الأول أو على الثاني؛ لوقوع الاختلاف فيه، فقيل: إنه على الأول بكل حال، ولهذا خصه القدوري به، ولم يذكر الثاني[٣]، وقيل: ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة، ويضمن عندهما؛ بناءً على اختلافهم في مودع المودع، فإنه لا يضمن عنده، ويضمن عندهما.

هذا وقيل: رب المال مخير، وله تضمين أيهما شاء بالإجماع[٤]، وقد أشار المصنِّف إلى هذا الاختلاف بقوله][٥]: (وَحَيْثُ ضُمِّنَ) ـ يُقرأ بالتشديد ـ (فَلِرَبِّ الْمَالِ تَضْمِينُ أَيِّهِمَا شَاءَ فِي الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: عَلَى الْخِلَافِ فِي إِيدَاعِ الْمُودَعِ)، وقد بيناه.

(وَإِنْ أَذِنَ لَهُ بِالْمُضَارَبَةِ)؛ أي: لو قال رب المال للمضارب: ضارب من شئت، أو اعمل برأيك، (فَضَارَبَ بِالثُّلُثِ)؛ أي: بشرط الثلث، ([وَقَدْ][٦] قِيلَ لَهُ)؛ أي: والحال أن رب المال قال للمضارب الأول: (مَا

---

(١) ينظر: الهداية: ٢/٢٣٠، ونتائج الأفكار: ٨/٤٨٤ ـ ٤٨٥.
(٢) في (أ) و(ب): (أو يستحق).
(٣) ينظر: الهداية: ٢/٢٣٠، ونتائج الأفكار: ٨/٤٨٤ ـ ٤٨٥.
(٤) ينظر: البناية: ١٠/٦٦، ونتائج الأفكار: ٨/٤٨٥.
(٥) من قوله: (وإنما أطلق المصنِّف) إلى قوله: (الاختلاف بقوله)، سقط من: (ج).
(٦) سقط من: (أ).

رَزَقَ اللَّهُ) سبحانه (بَيْنَنَا نِصْفَانِ، أَوْ) كأن رب المال قال له: ما رزق الله تعالى (فَلِي نِصْفُهُ، أَوْ) كأن قال له: (مَا فَضَلَ) من رأس المال (فَنِصْفَانِ).

والحاصل: أنه كان قد دفع له المال مضاربة بالنصف، فضارب هو بالثلث، ثم إن المضارب الثاني ربح، (فَنِصْفُ الرِّبْحِ لِرَبِّ الْمَالِ، وَثُلُثُهُ لِلثَّانِي)؛ أي: للمضارب الثاني، (وَسُدُسُهُ لِلْأَوَّلِ)؛ أيَ: للمضارب الأول؛ لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك[(١)]، ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى، فلم يبقَ للأول إلا[(٢)] النصف، فينصرف تصرفه إلى نصيبه، وقد جعل من ذلك بقَدْر ثلث الجميع للثاني، فيكون له، فلم يبقَ إلا[(٣)] السدس[(٤)].

(وَإِنْ) كان المضارب الأول (دَفَعَ) المال للمضارب الثاني (بِالنِّصْفِ)، فعمل الثاني وحصل ربحاً؛ (فَنِصْفُهُ لِرَبِّ الْمَالِ، وَنِصْفُهُ) الآخر (لِلثَّانِي، وَلَا شَيْءَ) للمضارب [(لِلْأَوَّلِ)؛ لأن نصف الربح لرب المال بالشرط، فيأخذه، وبقي النصف للمضارب][(٥)] الأول، ولكنه قد جعل[(٦)] للثاني نصف الربح، وهو لا ينفذ تصرفه إلا فيما يملكه، وقد شرطه[(٧)] للثاني، فيبقى بغير شيء[(٨)]، (وَإِنْ شَرَطَ) المضارب الأول (لِلثَّانِي الثُّلُثَيْنِ؛ فَكَمَا شَرَطَ، وَيَضْمَنُ) المضارب (الْأَوَّلُ لِلثَّانِي؛ سُدُساً)؛ أي: سدس الربح من ماله؛ لأنه شرط للثاني شيئاً[(٩)] هو مستحق لرب المال؛ أعني:

---

(١) في (ج): (المال).
(٢) في (أ) و(ب): (إلى).
(٣) في (أ) و(ب): (إلى).
(٤) ينظر: اللباب: ٣٣٢/٣، نتائج الأفكار: ٤٨٦/٨.
(٥) قوله: (للأول؛ لأن نصف الربح لرب المال بالشرط، فيأخذه، وبقي النصف المضارب) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (حبس).
(٧) في (ج): (شرط).
(٨) ينظر: مختصر القدوري: ص١٧٣، الاختيار: ٤٦٧/٢.
(٩) في (ج): (شيءٌ).

السدس الذي به يكمل الثلثان، وهو لا ينفذ في حق رب المال؛ لما فيه من الإبطال، ووجب عليه الضمان بالتسمية[١].

(وَإِنْ كَانَ) قد (قِيلَ لَهُ)؛ أي: قال رب المال للمضارب الأول ـ عند[٢] عقد المضاربة ـ: (مَا رَزَقَك اللَّهُ ـ تَعَالَى ـ، أَوْ مَا رَبِحْتَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ، فَدَفَعَ) المال إلى آخر مضاربة (بِالثُّلُثِ؛ فَلِكُلٍّ مِنْهُمْ)؛ أي: من رب المال والمضارب الأول[٣] والثاني (ثُلُثُهُ).

(وَإِنْ دَفَعَ) المضارب الأول المال إلى الثاني (بِالنِّصْفِ) والمسألة بحالها؛ (فَلِلثَّانِي نِصْفُ)؛ أي: نصف الربح تماماً، (وَلِكُلٍّ مِنْ) المضارب (الْأَوَّلِ وَرَبِّ الْمَالِ رُبُعُ) من النصف الثاني[٤]؛ لأن الأول شرط للثاني نصف الربح، وهو مأذون فيه من جهة رب المال، فاستحقه، ورب المال شرط لنَفْسه نصف ما ربح الأول، ولم يربح الأول إلا النصف، وكان بينهما[٥].

(وَلَوْ شَرَطَ) المضارب (لِعَبْدِ رَبِّ الْمَالِ ثُلُثاً لِيَعْمَلَ) العبد (مَعَهُ)؛ أي: مع المضارب (وَ لِرَبِّ الْمَالِ ثُلُثاً، وَ)شرط (لِنَفْسِهِ ثُلُثاً؛ صَحَّ) ذلك الشرط، وكان الربح بينهم كذلك؛ وذلك لأن للعبد يداً معتبرة، حتى ليس للمولى أخذ ما أودعه ولو مع الحَجْر، خصوصاً إذا صار مأذوناً بسبب اشتراط العمل، فليس يده يداً لمالكٍ ـ كما يتوهم ـ حتى يكون مانعاً من تسليم المال إلى المضارب، بخلاف ما إذا شرط العمل لرب المال، فإنه لا يصح لفقد التسليم حينئذ، [وإنما خص عبد رب المال مع أن الحكم في عبد المضارب أيضاً كذلك؛ لما مر أن فيه توهمَ أن يده يداً لمالك،

---

(١) ينظر: البحر الرائق: ٤٥٤/٧، البناية: ٧٠/١٠.
(٢) في (ج): (في).
(٣) في (ج): (بالأول).
(٤) في (ج): (للثاني).
(٥) ينظر: البحر الرائق: ٤٥٤/٧، والهداية: ٢٣١/٢.

وإذا صح فيه؛ ففي عبد المضارب أولى[١]، ثم إن ما شرط للعبد، فهو لمالكه وللغرماء إن كان مديوناً][٢].

وَتَبْطُلُ المضاربة (بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا)؛ لأنها توكيل، وهو يبطل بموت الوكيل أو الموكل[٣]، (بِلِحَاقِ) [المالك][٤] بدار الحرب[٥] (مُرْتَدّاً) إذا حكم به؛ إذ[٦] المال حينئذ يخرج عن مِلْكه كما في الموت حتى يقسم بين ورثته ويعتق مدبره وأم ولده، وإذا ارتَدَّ ولم يلحق؛ يتوقَّف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة[٧]، وإن أسلم نفذ، وإن مات أو قتل على الارتداد بطل (لَا بِلِحَاقِ الْمُضَارِبِ) مرتداً عندهم؛ إذ لا خلل في مِلْك رب المال، وعبارة المضارب[٨] صحيحة كما كان قبل الردة[٩].

(وَلَا يَنْعَزِلُ) المضارب (بِعَزْلِهِ) الإضافة إلى الفاعل أو المفعول (مَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ) حتى لو باع أو اشترى[١٠] قبل علمه به؛ جاز ذلك جميعه؛ لأنه وكيل من جهة رب المال، وعزل الوكيل يتوقَّف على عِلْمه، (فَإِنْ عَلِمَ) المضارب بعزله (وَ)الحال أن (الْمَالَ عُرُوضٌ؛ فَلَهُ بَيْعُهَا)، ولا يمنعه[١١]، العزل عن ذلك، (وَلَا يَتَصَرَّفُ فِي ثَمَنِهَا)؛ أي: في رأس المال بعد أن صار نقداً من جنس أصل المال، نحو إن كان دراهم، فباع العروض

(١) ينظر: كنز الدقائق: ٥٢٦/٢، والبناية: ٧٢/١٠.
(٢) من قوله: (وإنما خص عبد رب المال) إلى قوله: (إن كان مديوناً) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: نتائج الأفكار: ٤٨٨/٨، والبحر الرائق: ٤٥٥/٧.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) دار الحرب: وهي الدار التي تجري فيها أحكام الكفر، أو تعلوها أحكام الكفر، ولا يكون فيها السلطان، والمنعة للمسلمين. ينظر: المبسوط: ١٤/١٠، وأحكام أهل الذمة، لابن القيم: ٢٦٦/١.
(٦) في (ج): (إذا).
(٧) ينظر: بدائع الصنائع: ٧٨/٨، والبحر الرائق: ٤٥٥/٧.
(٨) في (ج): (المصنف).
(٩) ينظر: البناية: ٧٦/٨، واللباب: ٣٣٤/٣.
(١٠) في (ب): (واشترى).
(١١) في (ج): (ولا يمنعه المضارب).

بدراهم، أو كان دنانير، فباع العروض بها؛ لأنه عاد إلى ما كان، وصار أجنبيّاً بالعزل، فليس له أن يتصرف في مال الغير بغير إذنه.

(وَإِنْ كَانَ) الموجود في يد المضارب حينئذ (نَقْداً مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ؛ لَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ)؛ لأن التصرف في العروض ببيعه بعد العزل إنما كان لضرورة ظهور الربح، ولا ضرورة ههنا، (وَإِنْ) كان (مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ) نحو: إن كان رأس المال دراهم، وكان الموجود معه دنانير أو بالعكس؛ (فَلَهُ تَبْدِيلُهُ بِجِنْسِهِ)؛ أي: بجنس رأس المال (اسْتِحْسَاناً)، والقياس: أن لا يبدل لوجود المجانسة بين النقدين في الثمنية، ووجه الاستحسان: أن الواجب على المضارب أن يرد مثل رأس المال، وذا لا يمكن إلا بأن يبيع ما في يده بجنس رأس المال، فصار كالعروض[(١)]، (وَلَو افْتَرَقَا)؛ يعني: فسخا[(٢)] المضاربة (وَ) الحال أنه (فِي الْمَالِ دَيْنٌ عَلَى النَّاسِ لَزِمَهُ)؛ أي: المضارب (الِاقْتِضَاءُ)؛ أي: أن يُقضيَه[(٣)] من الغرماء (إِنْ كَانَ) المضارب (رِبْحٌ)؛ لأن الربح بإزاء عمله وتمامه باستيفاء الديون، فيجبر عليه، (وَإِلَّا)؛ أي: وإن لم يربح؛ (فَلَا)؛ أي: لا يلزمه الاقتضاء؛ لأنه وكيل [محض، والوكيل][(٤)] متبرع، والمتبرع لا يجبر على إتمام[(٥)] ما يتبرع[(٦)] به.

(وَ) لكن (يُوَكِّلُ) المضارب (الْمَالِكَ بِهِ)؛ أي: بالاقتضاء؛ ولأنه حقوق العقد ترجع بالعاقد، وهو [هنا][(٧)] المضارب، فلم يكن لرب المال المطالبة بالديون إلا بتوكيل من المضارب، فيؤمر المضارب بتوكيله[(٨)] كيلَا

---

(١) ينظر: الحجة على أهل المدينة: ٣/٢٢، والبناية: ١٠/٧٨، واللباب: ٣/٣٣٦.
(٢) في (ج): (فسخ).
(٣) في (أ) و(ب): (يقبضه).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (إتمامه).
(٦) في (ج): (تبرع).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (أ) و(ب): (بتوكيل).

يضيع حقه، (وَكَذَا سَائِرِ الْوُكَلَاءِ) بعد العزل أو قبله إذا امتنعوا من طلب ما وجب بعقدهم يؤمرون بأن يوكلوا موكليهم بطلبه[١].

(وَالْبَيَّاعُ) هو الذي يجلس في الحانوت ويبيع أمتعة الناس ـ على ما في النهاية[٢] ـ، وقيل: هو الدلال[٣]، (وَالسِّمْسَارُ) ـ بالكسر ـ هو المتوسط بين البائع والمشتري ـ على ما في بعض الشروح ـ[٤]، وفي النهاية: هو من يعمل للغير بالأجر بيعاً أو شراء، فهو أعم من البياع بالمعنى المذكور فيها (يُجْبَرَانِ عَلَيْهِ)؛ أي: على توكيل المالك؛ لأنهما يعملان بالأجر عادة.

(وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ صُرِفَ إِلَى الرِّبْحِ أَوَّلاً)؛ أي: بحسب[٥] ذلك التالف[٦] من الربح؛ لأن الربح تابع، وصرف الهالك إلى التابع أولى من صرفه إلى الأصل، (فَإِنْ زَادَ) الهالك (عَلَى الرِّبْحِ؛ لَا يَضْمَنُ الْمُضَارِبُ) [تلك الزيادة لكونه][٧] أميناً، فلا يكون ضميناً؛ لما بينهما من المنافاة[٨]، (فَإِنْ اقْتَسَمَاهُ)؛ أي: اقتسم المضارب ورب المال الربح، (وَفُسِخَتْ) المضاربة الأولى، (ثُمَّ عُقِدَتْ) ثانياً، (فَهَلَكَ الْمَالُ) في المضاربة الثانية كله (أَوْ بَعْضُهُ؛ لَا يَتَرَادَّانِ الرِّبْحَ) الذي كان حصل في المضاربة الأولى؛ لأن الأولى قد انتهت بالفسخ، والثانية عقد جديد، فهلاك المال فيها لا يوجب انتقاض الأولى[٩].

---

(١) ينظر: الهداية: ٢/٢٣٣، اللباب: ٣/٣٣٧.
(٢) ينظر: البناية: ١٠/٧٩.
(٣) ينظر: المصدر السابق.
(٤) ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع: ص٣٠٦، وكنز الدقائق: ٢/٥٢٦، وفتح باب العناية: ٣/٤٣١.
(٥) في (أ)، و(ب): (يحسب).
(٦) في (ج): (التأليف).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) ينظر: البحر الرائق: ٧/٤٥٥، ومختصر القدوري: ص١٧٤.
(٩) ينظر: نتائج الأفكار: ٨/٤٩٤، والبناية: ١٠/٨١.

(وَإِنْ اقْتَسَمَاهُ مِنْ غَيْرِ فَسْخٍ)؛ أي: لو اقتسما ربح المضاربة، ولم يفسخاها، ولم يجددها[١] ثانياً، بل بقي العقد الأول على حاله وماله أيضاً، وإنما اقتسما الربح فقط، ثم هلك بعضه من مال المضاربة أو كله؛ (تَرَادَّاهُ)؛ أي: يرد كل ما أخذه من [الربح][٢] مكان الهالك (حَتَّى يَتِمَّ رَأْسُ الْمَالِ)؛ لأن قسمة الربح لا تكون صحيحة قبل استيفاء رأس المال؛ لأنه هو الأصل، والربح بناء عليه وتبع له، فإذا هلك ما هو في [يد][٣] المضارب أمانة تبين أن ما اقتسماه من رأس المال، فيضمن المضارب ما أخذه؛ لأنه كان قد أخذه لنفسه، ثم [ظهر][٤] أنه[٥] ليس ذلك له، فيرده، وما أخذه رب المال يكون محسوباً من رأس ماله، فإذا كمل رأس المال (فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ) من الربح (اقْتَسَمَاهُ وَإِنْ لَمْ يَفِ) الربح بما نقص من رأس المال، (فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُضَارِبِ)؛ لما بيناه [أنه][٦] أمين، وهو ليس بضمين[٧].

❋ ❋ ❋

[فِي الْمُتَفَرِّقَاتِ]

فصل عقده[٨] لبيان ما للمضارب أن يفعله، وما ليس كذلك، (وَلَا يُنْفِقُ الْمُضَارِبُ مِنْ مَالِهَا)؛ أي: من رأس مال المضاربة[٩]، أو من ربحها قبل القسمة سواء كان مقيماً (فِي مِصْرِهِ)[١٠] الذي هو وطنه الأصلي؛ لأن

---

(١) في (ب) و(ج): (يجددوها).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) في (ب): (لأنه).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: الهداية: ٢٣٣/٢، والبناية: ٨٠/١٠.
(٨) في (ج): (عقد).
(٩) في (ج): (المضارب).
(١٠) المصر الجامع: كل موضع له أمير وقاضٍ ينفذ الأحكام ويقيم الحدود، والمصر:=

نفقته إنما كانت من المال لاحتباس نَفْسه لعمل المضاربة، وما دام في مصره؛ فهو غير محتبس؛ لأنه بالسكنى الأصلية (**أَوْ فِي مِصْرٍ اتَّخَذَهُ دَاراً**) قيد به؛ لأنه لو نوى الإقامة ولم يتخذه داراً؛ فله النفقة.

(**وَلَا**) ينفق المضارب (**فِي**) المضاربة (**الْفَاسِدَةِ**) أيضاً، وإذا أنفق من مالها ضمن؛ لأن الأصل في نفقة الإنسان أن يكون عليه ومن ماله، وليس في المضاربة ما يستدعي وجوب النفقة له؛ لكونه أميناً ووكيلاً وأجيراً.

(**فَإِنْ سَافَرَ**) بمال المضاربة لأجل الكسب؛ (**فَطَعَامُهُ وَشَرَابُهُ فِي مَالِهَا**)؛ أي: في مال المضاربة[1]، فإنه إذا سافر صار محبوساً بالعمل للمضاربة[2]، فوجبت النفقة في مالها لأجل الاحتباس به (**بِالْمَعْرُوفِ**)؛ أي: بما يكون متعارفاً بين التجار؛ يعني: قَدْر الكفاية، (**وَكَذَا كِسْوَتُهُ**) وهي بالمعروف أيضاً؛ وذلك لأن النفقة هي ما يصرف[3] إلى الحاجة الراتبة[4]، وهي ما ذكر، ويذكر (**وَرَكُوبُهُ**) ـ بفتح أوله ـ: وهو ما يركب من الدواب وغيرها[5] حسب الحال (**شِرَاءً وَاسْتِئْجَاراً**) منصوبان على التمييز أو الحال؛ يعني: أن المضارب[6] له أن يشتري رَكوباً وأن يستأجره من مال المضاربة، (**وَكَذَا أُجْرَةُ خَادِمِهِ وَفِرَاشٌ**) [أ/٣٣٤] (**يَنَامُ عَلَيْهِ**)؛ يعني: إذا استأجر من يخدمه في الاتجار والأسفار بمال المضاربة فأجرته في مالها، وله أيضاً أن يستأجر أو يشتري[7] فراشاً ينام عليه بحسب العادة في أمثاله.

= هو الذي فيه ثلاثة أشياء: السوق القائم، والسلطان، وجري الأحكام والحدود، وفي تفسيره أقوال أخرى. ينظر: النتف، للسغدي: ٩١/١، والهداية: ٨٩/١، والاختيار: ٢٧٢/١ ـ ٢٧٣، والبناية: ٤٦/٣.

(١) ينظر: كنز الدقائق: ٥٢٨، واللباب: ٣٤٠/٣.

(٢) في (ج): (وللمضاربة).

(٣) في (ج): (ما يعرف).

(٤) الراتبة: هي الثابتة لا بدَّ منها، أو هي التي رتبت على وقت معين، أو تابعة لفريضة. ينظر: مفاتيح العلوم، للخوارزمي: ص٨٧، كشاف اصطلاحات العلوم: ٨٧٥/١.

(٥) ينظر: العين للفراهيدي: ٣٦٣/٥.

(٦) في (أ) و(ج): (الضارب).

(٧) في (ج): (يشتره).

(وَ)كذلك أجرة (غَسْلَ ثِيَابِهِ) التي يلبسها، وأجرة الحَمَّام والحلاق، وكذلك علف دابة يركبها، (وَ) كذا له استعمال (الدُّهْنِ[(١)] فِي مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَيْهِ) كالحجاز، (وَضَمِنَ مَا كَانَ زَائِداً عَلَى الْعَادَةِ) المعروفة[(٢)]، وقال الشافعي: يُنفق المضارب من مال نَفْسه مطلقاً[(٣)]، وقال مالك: إن كثر المال ينفق من مال المضاربة، ولو قل فمن مال نفسه[(٤)].

(وَنَفَقَتُهُ فِي مِصْرِهِ) وفي مكان استوطنه يكون (مِنْ مَالِهِ)؛ أي: من مال نَفْسه؛ لأنه لم يحتبس لمال المضاربة، فلا تجب له النفقة، وذلك (كَالدَّوَاءِ)، وهذا في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة: إنه يدخل في النفقة؛ لأن الدواء يكون لإصلاح بدنه، ولا يتمكن من التجارة إلا به، فصار كالنفقة[(٥)]، وجه ظاهر الرواية: أن الحاجة إلى النفقة أمر معلوم الوقوع لا بدَّ منه، والحاجة إلى الدواء إنما تكون عند عروض المرض[(٦)]، (وَيَرُدُّ)

---

(١) الدُّهن: ـ بفتح الدال وتشديدها ـ أي: استعمال الدهن لترطيب البدن به، بمعنى: أنه إن كان اعتناؤه بشعره وجسمه وهو مسافر بمال المضاربة يستوجب الادهان أو استعمال ما يطيب به بدنه ويرتب به شعره، وهذا الترتيب متعارف عليه في المنطقة التي سافر إليها جاز له أخذ نفقة ذلك من مال المضاربة، وروت بعض المصادر أن هذا هو قول محمد خالفه فيه الشيخان. ينظر: العناية: ٤٧٥/٨، البناية: ٩١/١٠، وتبيين الحقائق مع حاشية الشلبي: ٧٠/٥، ومجمع الضمانات: ٦٥٧/٢.

(٢) ينظر: الاختيار: ٤٦٨/٢، البناية: ٩١/١٠.

(٣) ما ذكره المصنِّف عن الشافعي هي رواية البويطي عنه، وروى المزني عنه: أن للمسافر النفقة بالمعروف بتفصيل نقل عنه. ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي: ٣١٨/٧، المجموع: (تكملته الثانية)، للمطيعي: ٣٧٢/١٤.

(٤) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٧٧٣/٢، وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: ٩٠٧/٣.

(٥) ينظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير: ٤٢٥/١.

(٦) وذكر الكرخي ـ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ـ في مختصره في الدهن خلاف محمد أنه في مال المضاربة عنده، وذكر في الحجامة، والإطلاء بالنُّوْرَة، والخضاب قول الحسن بن زياد أنه قال: على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال المضاربة، والصحيح: أنه يكون في ماله خاصة؛ لأن وجوب النفقة للمضارب في المال؛ لدلالة الإذن الثابت عادة، =

المضارب (مَا بَقِيَ)؛ أي: يعاد ما فضل (مِنْ كِسْوَةٍ وَغَيْرِهَا إذَا قَدِمَ) من السفر إلى الوطن (إلَى رَأْسِ الْمَالِ)؛ لأن الاحتباس قد زال بانتهاء السفر.

(وَمَا دُونَ السَّفَرِ) من الأماكن التي يتّجر المضارب فيها (كَسُوقِ الْمِصْرِ)، وهو بمنزلة السوق الذي يتجر في المصر وفي سوقه (إنْ أَمْكَنَهُ أَنْ يَغْدُوَ)؛ أي: يسير بالغداة إلى مكان هو كذلك، (وَيَبِيتَ فِي أَهْلِهِ) فليس له نفقة في مال المضاربة، (وَإِلَّا)؛ أي: وإن لم يمكنه المبيت في أهله أو الإغداء[1] إلى مكان كذلك (فَكَالسَّفَرِ)؛ أي: يكون الذهاب إلى ذلك المكان كالسفر في ثبوت النفقة له على ما مر آنفاً؛ لأن خروجه لأجل المضاربة.

(وَلَيْسَ لِلْمُسْتَبْضِعِ)؛ أي: الذي يأخذ المال من المالك أو من المضارب؛ ليتجر به، ويكون الربح لرب المال ليس له (الْإِنْفَاقُ مِنْ مَالِهَا)؛ أي: من مال المضاربة أو مال البضاعة؛ لأنه متبرع بالعمل، والنفقة إنما تجب للمضارب؛ لكون عمله بالأجر، والمستبضع لما تبرع بالعمل، فلأن يكون متبرعاً بالنفقة على نَفْسه أولى، (وَيُؤْخَذُ مَا أَنْفَقَهُ الْمُضَارِبُ مِنَ الرِّبْحِ أَوَّلاً) حتى يُتم رأس المال، (وَمَا فَضَلَ) من الربح (قُسِمَ) بينهما؛ إذ الربح إنما هو بعد تكميل رأس المال.

(وَإِنْ سَافَرَ) المضارب (بِمَالِهِ)؛ أي: مستصحباً مال نفسه ليتجر به (وَمَالِ الْمُضَارَبَةِ أَوْ) سافر (بِمَالَيْنِ) مضاربة (لِرَجُلَيْنِ أَنْفَقَ) على نَفْسه وخادمه، وما يلزم التجارة من النفقات على ما مر بيانه آنفاً (بِالْحِصَّةِ)[2]؛ أي: جعل النفقة على حسب المالين، وقسمها بالحصص على الربحين، أو على أصل المالين، وذلك لأن هذا السفر لمَّا كان لأجل تثمير المالين؛

= وهذه الأشياء غير معتادة، هذا إذا قضى القاضي بالنفقة، يقضي بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الأشياء. ينظر: بدائع: ٨/٦٧

(١) في (أ): (إغداء)، وفي (ب): (الهاء)، وما أثبتناه من: (ج).

(٢) الحصة: هو السَّهْمُ الساري إلى كلِّ جزءٍ من أجزاء المال المشترك. ينظر: التعريفات الفقهية: ص٢٦٥.

فلا جرم كانت النفقة عليهما[١]؛ لأن الغرم بحسب الغنم[٢].

(وَإِنْ بَاعَ مَتَاعَ الْمُضَارَبَةِ مُرَابَحَةً[٣] حَسِبَ مَا أَنْفَقَهُ عَلَيْهِ)؛ أي: على متاع المضاربة (مِنْ) أجرة (حَمْلٍ وَنَحْوِهِ) كأجرة القصارة[٤] والصبغ والطراز في الثياب والسمسار[٥]؛ لأن هذه الأشياء تزيد في القيمة وتعارف التجار إلحاقها برأس المال في بيع المرابحة[٦]، (لا)؛ أي[٧]: لا يحسب (نَفَقَةَ نَفْسِهِ) في سفره[٨]؛ لأنهم لم يتعارفوا ذلك، ولا يزيد أيضاً في قيمة المتاع.

(وَلَوِ شَرَى مُضَارِبٌ بِالنِّصْفِ بِأَلْفِ الْمُضَارَبَةِ بَزّاً[٩] وَبَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ)، فألف منهما رأس المال، والألف ربح خمسمئة منها لرب المال، وخمسمئة للمضارب، فلو لم يقتسما الربح، وبقي في يد المضارب، (وَاشْتَرَى بِهِمَا)؛ أي: بألفين (عَبْداً، فَضَاعَا)؛ أي: الألفان (فِي يَدِهِ)؛ أي: في يد المضارب (قَبْلَ نَقْدِهِمَا) لبائع العبد (يَغْرَمُ الْمُضَارِبُ رُبْعَهُمَا)؛ أي: خمسمئة، (وَالْمَالِكُ)[١٠]؛ أي: رب المال يغرم (الْبَاقِيَ)؛ يعني: ألفاً

---

(١) في (أ): (عليها).

(٢) (الغرم بالغنم) قاعدة فقهية، ومعنى هذه القاعدة: الغُرم: الخسارة، وهو الضمان، والغُنْم: الربح، وهو الخراج. ينظر: موسوعة القواعد الفقهية: ٥٠٢/٦.

(٣) المرابحة: هو أن يبيع السلعة بثمن مرتب على الثمن الذي اشتراها به بزيادة عليه. ينظر: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: ٤٣٢/٦.

(٤) ينظر: خليج البحار: ص٢١٠٢.

(٥) السمسار: في البيع هو اسم للذي يدخل بين البائع والمشتري متوسطاً لإمضاء البيع. ينظر: لسان العرب: ٣٨٠/٤ مادة (سمر).

(٦) ينظر: البناية: ٩٢/١٠، وكنز الدقائق: ٥٢٨.

(٧) في (ج): (إلى).

(٨) في (ج): (سفرة).

(٩) البَزُّ: ـ بفتح الباء ـ نوع من الثياب، وقيل: الثياب خاصة من أمتعة البيت، وقيل: أمتعة التاجر من الثياب. وَرَجل بزّاز، والبزازة ـ بالكسر ـ حرفة البزازة. ينظر: المصباح المنير: ٤٧/١.

(١٠) في (ج): (ويغرم المالك).

وخمسمئة، وذلك لأن ثمن العبد لازم [الأداء][(١)] لبائعه، ولو بقي الألفان؛ كان للمضارب من ذلك خمسمئة، ولرب المال ألف وخمسمئة، (**وَرُبْعُ الْعَبْدِ**) يصير مِلْكاً (**لِلْمُضَارِبِ وَبَاقِيهِ**)؛ يعني: ثلاثة أرباعه (**لِلْمُضَارَبَةِ**)؛ أي: مِلْك لرب المال، (**وَرَأْسُ الْمَالِ**) على هذا التقدير: (**أَلْفَانِ وَخَمْسُمِئَةٍ**)؛ لأن رب المال أعطى ألفاً أولاً، وألفاً[(٢)] وخمسمئة ثانياً غرمها في ثمن العبد، (**وَلَا يَبِيعُهُ**)؛ أي: المضارب العبد (**مُرَابَحَةً إِلَّا عَلَى أَلْفَيْنِ**)؛ لأن ثمنه ألفان هما اللذان اشتراه المضارب بهما (**فَلَوْ بِيعَ**) ذلك العبد (**بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ فَحِصَّةُ الْمُضَارَبَةِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ**) فالألفان وخمسمئة منها رأس المال، (**وَالرِّبْحُ مِنْهَا خَمْسُمِئَةٍ بَيْنَهُمَا**) يقتسمانها لكل منهما مئتان [وخمسون][(٣)].

(**وَلَو اشْتَرَى رَبُّ الْمَالِ عَبْداً بِخَمْسمِئَةٍ، وَبَاعَهُ مِنَ الْمُضَارِبِ بِأَلْفٍ**)؛ كان دفعها إليه مضاربة (**لَا يَبِيعُهُ**) المضارب (**مُرَابَحَةً إِلَّا عَلَى خَمْسمِئَةٍ**)؛ أي: يقول: قام[(٤)] عليَّ بها، ولا يقول: قام عليَّ بألف؛ لأن بيعه من المضارب كبيعه من نَفْسه؛ لأنه وكيله وإن حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به، فلا يجوز بناء المرابحة عليه؛ لأنها [مبنيّة][(٥)] على الأمانة[(٦)]، والاحتراز عن شبهة الخيانة، فتبنى على ما اشتراه به المالك، فيكون المضارب كالوكيل له في بيعه.

(**وَلَو اشْتَرَى مُضَارِبٌ بِالنِّصْفِ**)؛ أي: كان معه ألف مضاربة، فاشترى (**بِأَلْفِ الْمُضَارَبَةِ عَبْداً يَعْدِلُ أَلْفَيْنِ**)؛ أي: يساوي ثمنه الألفين بأن زادت قيمته، (**فَقَتَلَ**) ذلك العبد (**رَجُلاً خَطَأً**)، ولم يدفعه إلى وليّ

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) في (ج): (أعطى أولاً ألفاً).
(٣) ينظر: البناية: ١٠/٩٧، والبحر الرائق: ٧/٤٦١.
(٤) في (أ): (يقوم مقام).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) الأمانة: أن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحلاف. ينظر: بدائع: ١١/٤٣٨.

المقتول، بل فداه؛ (فَرُبْعُ الْفِدَاءِ عَلَيْهِ)؛ أي: على المضارب، (وَبَاقِيهِ) وهو ثلاثة أرباعه (عَلَى الْمَالِكِ)؛ أي: على رب المال.

(وَإِذَا فُدِيَ) العبد المذكور (خَرَجَ عَنِ الْمُضَارَبَةِ) أما نصيب المضارب؛ فلأن ماله مضمون عليه، ومال المضاربة أمانة في يديه وبينهما منافاة، فيخرج نصيبه عن أن يكون مضاربة، وأما نصيب رب المال؛ فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما؛ لأن ذلك يقتضي قسمة العبد بينهما، والمضاربة تنتهي بالقسمة، فيخرج العبد عن كونه مال المضاربة، ويبقى العبد مشتركاً بينهما لا على المضاربة، (فَيَخْدُمُ) المضارب (يَوْماً) (وَ)يخدم (الْمَالِكَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) بقَدْر حقهما.

(وَلَوْ اشْتَرَى) المضارب (بِأَلْفِ الْمُضَارَبَةِ عَبْداً، وَهَلَكَ الْأَلْفُ[1] قَبْلَ نَقْدِهِ) لبائع العبد؛ (دَفَعَ الْمَالِكُ)؛ أي: رب المال (الثَّمَنَ) إلى المضارب مرة أخرى، (ثُمَّ وَثُمَّ)[2]؛ أي[3]: هكذا إن هلك في الدفعة الثانية والثالثة هلمَّ جرّاً[4]، (وَجَمِيعُ مَا دَفَعَ) المالك من الألفين أو الثلاثة أو أكثر يكون (رَأس الْمَالِ)؛ لأن المال أمانة في يد المضارب، والاستيفاء [أ/٣٣٥] إنما يكون بقبض مضمون، وحكم الأمانة ينافيه، فيرجع مرة بعد أخرى.

(وَلَوْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفَانِ) فاختلف هو ورب[5] المال (فَقَالَ) المضارب: (دَفَعْت إِلَيَّ أَلْفاً) فقط على سبيل المضاربة، (وَرَبِحْتُ أَلْفاً) هي الألف الأخرى، (وَقَالَ الْمَالِكُ: بَلْ دَفَعْت إِلَيْك أَلْفَيْنِ) اللذين في يدك، (فَالْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ) كان أبو حنيفة يقول أولاً: القول قول المالك، وهو قول زفر؛ لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح، وهو ينكر، والقول

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ثم وثم: أي: هكذا يكون القياس أبداً، كلما تكرر المثال، فيأخذ الحكم نفسه.
(٣) في (ج): (إلى).
(٤) هلمَّ جرّاً: ـ بتشديد الميم والراء ـ ومعناها: استدامة الأمر واتصاله، وأصل (جرّاً) من الجرّ: السَّحب، وانتصب على المصدر أو الحال. ينظر: النهاية في غريب الحديث لابن الأثير: ٢٥٩/١، لسان العرب: ١٣١/٤ مادة (جرر).
(٥) في (ج) سقط الواو من: (ورب).

قول المنكر، ثم رجع إلى ما ذكر، وهو قولهما؛ لأن اختلافهما في الحقيقة إنما هو في مقدار المقبوض، وفي مثله: القول للقابض ضميناً كان أو أميناً؛ لأنه أعرف بمقدار ما قبضه[1].

(وَلَوْ اخْتَلَفَ مَعَ ذَلِكَ فِي قَدْرِ الرِّبْحِ؛ فَلِمَالِكٍ)؛ يعني: لو اختلف المضارب ورب المال في نفس رأس المال، ونَفْس الربح، وفي[2] مقدار الربح أيضاً، فقال المضارب: شرطت لي نصف الربح، وقال رب المال: إنما شرطت لك ربعه؛ فالقول فيه لرب المال؛ لأنه مستفاد بعقد المضاربة ومستحق بالشرط، وهما من جانبه، فيكون القول له، وأيهما أقام البينة على مدعاه قُبِلت؛ لأن البينات إنما شرعت للإثبات، (وَلَوْ قَالَ مَنْ مَعَهُ أَلْفٌ قَدْ رَبِحَ فِيهَا: هِيَ مُضَارَبَةُ زَيْدٍ)؛ أي: أقر بأن الألف المذكورة في يده مضاربة لزيد؛ يعني: أن الألف لزيد والربح بينهما.

(وَقَالَ زَيْدٌ: بَلْ بِضَاعَةٌ)؛ أي: صدق المقر لزيد في إقراره أن الألف له لكن كذّبه في أنها مضاربة، وادعى أنها بضاعة؛ يعني: أن الألف والربح معاً له؛ (فَالْقَوْلُ لِزَيْدٍ)؛ لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو يدعي شرطاً من جهة زيد؛ أعني: كون جزء من الربح له، أو يدعي الشركة مع زيد في الربح، وهو ينكر، والقول للمنكر.

(وَكَذَا لَوْ قَالَ ذُو الْيَدِ: هِيَ)؛ أي: الألف المذكورة (قَرْضٌ، وَقَالَ زَيْدٌ: بِضَاعَةٌ[3]، أَوْ وَدِيعَةٌ، أَوْ مُضَارَبَةٌ)؛ فالقول قول المقرّ له؛ أعني: زيداً؛ لأن المقر يدعي التملك للألف المذكورة، وزيد ينكر، والقول له.

(وَلَوْ قَالَ الْمُضَارِبُ: أَطْلَقْتَ، وَقَالَ الْمَالِكُ): إنما (عَيَّنْتُ) لك (نَوْعاً؛ فَالْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ)؛ يعني: لو اختلفا في الإطلاق والتقييد، فقال المضارب: ما سميت[4] لي نوعاً معيناً من التجارة، وقال رب المال: بل

---

(١) ينظر: مجمع الضمانات: ٦٦١/٢، المبسوط: ٨٤/٢٢.
(٢) في (ج) سقط الواو من: (وفي).
(٣) في (ج): (هي بضاعة).
(٤) في (أ): (سميته).

عينت لك أن تتجر في البز فقط ـ مثلاً ـ فالقول للمضارب؛ لأن الأصل فيها العموم، والتخصيص إنما يكون بعارض الشرط، والقول لمن يدعى الأصل.

وقال زفر: القول لرب المال، (وَلَو ادَّعَى كُلٌّ) واحد منهما نوعاً (فَلِلْمَالِكِ)؛ أي: لو قال المضارب: عاقدتني على التجارة في الطعام ـ مثلاً ـ، وقال رب المال: بل عاقدتك على الاتجار في البز؛ فالقول للمالك؛ لأن التعيين إنما يستفاد من جهته، والبينة للمضارب؛ لأنه ينفي الضمان عن نَفْسه، فيحتاج إلى الإثبات[1].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) ينظر: البناية: ١٠/١٠٣، والبحر الرائق: ٧/٤٦٣.

كتاب الوديعة

وهي في اللغة: فعيل بمعنى المفعول، اشتقاقها من الودع، وهو الترك مطلقاً، أو من الإيداع بمعنى الحفظ(١)، وهو المراد ههنا، ومن ثمة قال [المصنِّف](٢): (الْإِيدَاعُ) في الشرع: (تَسْلِيطُ الْمَالِكِ غَيْرَهُ عَلَى حِفْظِ مَالِهِ)(٣)؛ ولأنها إنما(٤) تترك عند الغير لأجل الحفظ، ولهذا لا يودع عادة إلا عند من يعرف بالأمانة ويوصف بالديانة، ولذلك قال المصنِّف: (وَالْوَدِيعَةُ) في الشرع: (مَا يُتْرَكُ عِنْدَ الْأَمِينِ لِلْحِفْظِ)، وهي: عقد مشروع أمانة لا غرامة، (وَهِيَ أَمَانَةٌ) عنده.

وفرّع بقوله: (فَلَا تُضْمَنُ بِالْهَلَاكِ) من غير تعد منه؛ لقوله ﷺ: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ»(٥)، المغل: الخائن، والأغلال:

---

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة: ص١٠٤٧.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) ينظر: اللباب: ٤٨٩/٣، والبناية: ١٠٦/١٠، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢٤٤/٢.

(٤) سقط من: (ج).

(٥) الحديث ضعفه الدارقطني والبيهقي وغيرهما، وذكروا أن المحفوظ: أن هذا الأثر هو عن شريح. ينظر: سنن الدارقطني: ٢٩٦/٢، والسنن الكبرى، للبيهقي: ١٤٩/٦و٤٧٣، والتحقيق، لابن الجوزي: ٢١٠/٢، ونصب الراية: ٢٨٥/٤، والبدر المنير: ٣٠١/٧، والتلخيص الحبير: ٢١٠/٣.

الخيانة[١]، قوله: (فلا تُضْمَنُ بالهلاك) عام في جميع الأحوال حتى قالوا: لو شرط على المودع ضمانها إن هلكت عنده لا يُعتبر ذلك الشرط كما في عكسه؛ يعني: لو شرط عدم الضمان فيما هو مضمون شرعاً لا يعمل بذلك الشرط.

ثم إن الوديعة تكون تارة بصريح الإيجاب والقَبُول نحو قول صاحبها: أودعتك، ويقول الآخر المودع: قبلت، وتارة تكون بطريق الدلالة[٢]: كما إذا وضع عند آخر شيئاً، ولم يقل هو وديعة، أو قال وسكت الآخر، ومنهم من جعل الأول وديعة والثاني أمانة[٣]، وهذا هو الفرق بين الوديعة والأمانة، فالوديعة خاص والأمانة عام[٤]، وكلاهما غير مضمون بالهلاك، لكن قال بعضهم: إن المودع إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق؛ يبرأ من الضمان، والمؤتمن لا يبرأ[٥].

(وَلِلْمُودَعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ)؛ لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال الغير

---

(١) ينظر: غريب الحديث، لابن سلام: ١٩٩/١، والفائق في غريب الحديث: ٧٢/٣.

(٢) الدلالات عند الحنفية تنقسم باعتبار طريقة الوقوف على المراد منها إلى أربعة أقسام، وهي على الترتيب الآتي:
١ ـ عبارة النص: دلالة اللفظ على المعنى المتبادر منه أصالةً أو تبعاً.
٢ ـ إشارة النص: دلالة اللفظ على ما لم يوضع له اللفظ أصلاً ولا تبعاً، ولكنه معنى لازم للمعنى الذي وضع له اللفظ.
٣ ـ دلالة النص: دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنصوص عليه للمسكوت عنه لاشتراكهما في علة الحكم التي يفهم كل عارف باللغة أنها مناط الحكم، وتُسمى أيضاً (لحن الخطاب) و(فحوى الخطاب). ويُسميها الشافعي: مفهوم الموافقة: كالتأفيف الذي نصت على تحريمه الآية: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣].
٤ ـ دلالة الاقتضاء: دلالة اللفظ على مسكوت عنه لا يستقيم الكلام إلا بتقديره.
وإذا تعارضت هذه الدلالات قدمت على نحو هذا الترتيب، وعند الجمهور تنقسم الدلالات قسمين: منطوق ومفهوم. ينظر: أصول السرخسي: ٢٤١/١، وكشف الأسرار: ٦٧/١ وما بعدها، والتلويح على التوضيح: ٢٤٨/١، وإرشاد الفحول: ٣٧/٢.

(٣) ينظر: الاختيار: ٤٧٣/٢.

(٤) ينظر: البحر الرائق: ٤٦٥/٧.

(٥) ينظر: المبسوط: ١٢٣/٦.

على الوجه الذي يحفظ به مال نَفْسه (وَعِيَالِهِ) من زوجته وولده ولو صغيراً، ويعقل الحفظ والكبير الذي يسكن معه ووالديه وأجيره مسانهة(١) ومشاهرة(٢) والعبرة في هذه المساكنة لا النفقة، فلو دفعتها المرأة إلى زوجها لا تضمن؛ لأن الإنسان لا يمكنه أن يمكث دائماً في بيته، ولا أن يستصحب الوديعة معه أينما ذهب، فكان المالك راضياً به.

(وَلَهُ)؛ أي: للمودع (السَّفَرُ) حيثما ذهب (بِهَا)؛ أي: بالوديعة (عِنْدَ عَدَمِ النَّهْيِ) عنه من المالك، (وَ) عند عدم (الْخَوْفِ) بأن كان الطريق(٣) آمناً سواء كان لها حمل ومؤنة أو لا ـ عند أبي حنيفة ـ.

(خِلَافاً لَهُمَا فِيمَا لَهُ حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ)(٤)، وقال الشافعي: ليس له ذلك في الوجهين(٥)، وجه قول أبي حنيفة: إطلاق أمر المالك بالحفظ، والصحراء محل الحفظ إذا كان الطريق آمناً [له](٦)، ألا يُرى أن أصحاب الخيام والقوافل يستصحبون أموالهم ويحفظونها حيثما نزلوا؟ ووجه قولهما: إنَّهُ يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة، والظاهر أنه لا يرضى بذلك، فيتقيد الجواز بما عدا ذلك، والشافعي له تقييده(٧) بالحفظ المتعارف، وهو الحفظ في المصر، وصار كالاستحفاظ بأجر.

قلنا: مؤنة [الرد](٨) إذا لزمته في مِلْكه ضرورة امتثال أمره، فلا

---

(١) المسانهة: المعاملة بالسّنة أو الاستئجار لمدة سنة. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: ٢٢٠/٤ مادة (س ن هـ).

(٢) المشاهرة: المعاملة شهراً بشهر أو الاستئجار لمدة شهر. المحكم والمحيط الأعظم: ١٨٥/٤ مادة (ش هـ ر).

(٣) زيد في (ج) في هذا الموضع: (له).

(٤) ينظر: فتح باب العناية: ٣٥٣/٣، واللباب: ٤٩٤/٣ ـ ٤٩٥.

(٥) ينظر: البيان في فقه الإمام الشافعي: ٤٣١/٦ ـ ٤٣٢، والسراج الوهاج على شرح متن المنهاج: ص ٣٣٩ ـ ٣٤٠.

(٦) سقط من: (ب) و(ج).

(٧) في (أ) و(ج): (تقييد).

(٨) سقط من: (ج).

اعتبار به، والمتعارف هو الكون في المصر لا[(١)] الحفظ فيه، ومن يكون في المفازة[(٢)] يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر، فإنه عقد [معاوضة][(٣)]، فيقتضي[(٤)] التسليم في محل العقد.

(فَإِنْ حَفِظَهَا)؛ أي: لو حفظ المودَعُ الوديعة (بِغَيْرِهِمْ)؛ أي: بغير عياله (ضَمِنَ) المودَعُ؛ لأن صاحبها لم يرضَ بغيرهم، والأيدي تختلف في الأمانة (إِلَّا إِذَا خَافَ) المودَعُ (الْحَرْقَ) ـ بسكون الراء ـ؛ أي: حرق الوديعة (أَو الْغَرَقَ) بفتحتين مصدر غرق في الماء؛ يعني: إذا خاف الغرق على السفينة التي هو فيها، هذا استثناء من قوله: (ضمن)، (فَدَفَعَهَا)؛ أي: الوديعة (إِلَى جَارِهِ) في الصورة[(٥)] الأولى[(٦)] (أَوْ) ألقاها (إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى) في الصورة الثانية؛ لأن ذلك تعين طريقاً للحفظ في تلك الحالة، فيكون مأذوناً دلالة، فلا يضمن، ولكنه لا يصدق على ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدعي ضرورة مسقطة[(٧)] للضمان بعد تحقق السبب، فلا يصدق [أ/٣٣٦] إلا ببرهان، فصار كما إذا ادعى الإذن[(٨)] في الإيداع.

(فَإِنْ) أودع، ثم (طَلَبَهَا رَبُّهَا)؛ أي: طلب[(٩)] المالك وديعته من المودع، (فَحَبَسَهَا) عنه، (وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى تَسْلِيمِهَا؛ صَارَ غَاصِباً)، فيضمن؛ لأنه متعد بالمنع، (وَكَذَا لَوْ جَحَدَهُ إِيَّاهَا)؛ أي: لو أنكر المودع الوديعة

---

(١) في (أ) و(ج): (لأن). ينظر: الهداية: ٢٤٢/٢.
(٢) المفازة: هي الصحراء. ينظر: طلبة الطلبة: ص٩٥ ـ ٩٦.
(٣) عقد المعاوضة: هو لمطلق البذل: وهو ما يبذل في مقابلة غيره، ويكون مشروعاً إذا كانت أركانه وشروطه مشروعة، وغير مشروع إذا فقد من ذلك الشروط ما ذكره هنا في اقتضاء التسليم في محل العقد. ينظر: الهداية: ٢٤٢/٢، والعناية: ٨٤٩١، والبحر الرائق: ٤٦٧/٧، وتبيين الحقائق: ٧٩/٥.
(٤) في (أ) و(ج): (فيقضي).
(٥) في (أ): (الصور).
(٦) في (أ) و(ب): (الأول).
(٧) في (ج): (سقطه).
(٨) في (أ): (لإذن).
(٩) في (ج): (أي: إن طلب).

عند طلب المالك إياها يضمن، (وَإِنْ) ـ وصلية ـ (أَقَرَّ) بها (بَعْدَهُ)؛ أي: بعد ذلك الجحود؛ لأن المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد، فهو بالإمساك بعده غاصب، فيضمن، فإذا عاد إلى الإقرار لم يبرأ عن الضمان؛ لأن العقد ارتفع، فلا يعود إلا بالتجديد، ولم يجدد[١].

(بِخِلَافِ جَحْدِهَا عِنْدَ غَيْرِهِ)؛ يعني: لو جحد[٢] المودع الوديعة عند غير المالك لا يضمنها، وقال زفر: يضمن؛ لأنه جحد الوديعة[٣]، ولنا: إن إنكاره عند غيبة المالك كان لحفظ الوديعة خوفاً عليها من طمع الطامعين، فلا يصير بذلك[٤] غاصباً ولا معزولاً عن الحفظ.

(وَإِنْ خَلَطَهَا)؛ أي: لو خلط[٥] المودع الوديعة (بِمَالِهِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزُ) عما خلطها به، (فَإِنْ) خلطها (بِجِنْسِهَا ضَمِنَ) للمالك قيمتها (وَانْقَطَعَ حَقُّ الْمَالِكِ مِنْهَا فِي الْمَائِعِ) كما لو كانت زيتاً، فخلطها بزيته (وَغَيْرِهِ)؛ أي: وانقطع أيضاً حق المالك في غير المائع كما لو كانت حنطة، فخلطها بحنطته (عِنْدَ الْإِمَامِ) أبي حنيفة؛ لأنه استهلك وديعة بذلك، ولم يبقَ للمالك طريق يصل به إلى عين حقه، ولا وجه لاشتراكه مع المودع في المخلوط؛ لأنه لم يرضَ بذلك ابتداء[٦]، (وَعِنْدَهُمَا فِي غَيْرِ الْمَائِعِ: لِلْمَالِكِ أَنْ يُشْرِكَهُ إِنْ شَاءَ)؛ لأنه لا يمكن وصول المالك إلى عين حقه صورة لكن يمكنه معنى[٧]، بأن يحمل ذلك على الشركة، ويقتسمان المخلوط بعد أن يُبرئ كل منهما الآخر عما زاد من حقه؛ وهذا لأنه استهلاك من وجه دون وجه، فيخير المالك بين التضمين والاشتراك.

---

(١) في (أ): (يجد).

(٢) في (ب) و(ج): (جحده).

(٣) ينظر: الجوهرة النيرة: ٣٤٨/١، والاختيار: ٤٧٦/٢، وفتح باب العناية: ٣٥٥/٣.

(٤) في (أ): (ذلك).

(٥) في (أ): (حفظ).

(٦) ينظر: البحر الرائق: ٤٦٩/٧، والهداية: ٢٤١/٣.

(٧) في (ب): (يعني).

(وَكَذَا)؛ أي: للمالك أن يشركه[١] (فِي الْمَائِعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ)؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس[٢] عنده، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: يَصِيرُ الْأَقَلُّ تَابِعاً لِلْأَكْثَرِ فِيهِ) اعتباراً للغالب أجزاءً[٣]، ومعناه: أنه إن كان ما للمودع أكثر صار [مائع][٤] الوديعة مستهلكاً في ضمنه، فيضمن قيمة مائع المالك، وإن كان بالعكس، فالمالك يأخذ الكل، ويضمن للمودع قيمة مائعه.

(وَإِنْ) خلط المودع الوديعة (بِغَيْرِ جِنْسِهَا كَبُرٍّ بِشَعِيرٍ، وَزَيْتٍ بِشَيْرَجٍ[٥]؛ ضَمِنَ)[٦] قيمة الوديعة، (وَانْقَطَعَ حَقُّ الْمَالِكِ) عنها (إِجْمَاعاً)[٧]؛ لأنه استهلاك صورة، وهو ظاهر، ومعنى؛ لتعذر تمييز[٨] [الجنس][٩] عن غير الجنس، أما في المائع فظاهر، وأما في غيره كالبر بالشعير فكذلك في الأصح؛ لأن كلّاً منهما لا يخلو عن حبات من الآخر، فامتنع التمييز والقسمة، وتعين الضمان على المودع الخالط [اتفاقاً][١٠].

(وَإِنِ اخْتَلَطَتْ) الوديعة بجنسها بما للمودع (بِلَا صُنْعِهِ) بحيث لا يتميز (اشْتَرَكَا)؛ أي: المالك والمودَع (إِجْمَاعاً)[١١]، فلا يضمن؛ لعدم الصنع منه؛ لأن الضمان لا يجب عليه إلا بالتعدي، ولم يوجد.

---

(١) في (أ): (يشرك).
(٢) ينظر: الاختيار: ٤٧٥/٢، والعناية: ٢١٥/١٢.
(٣) ينظر: الهداية: ٢٤١/٢، والبناية: ١١٣/١٠.
(٤) إضافة من عندنا؛ لتستقيم العبارة.
(٥) الشَّيْرَج ـ بفتح الشين المعجمة وسكون الياء وفتح الراء ـ: لفظ معَرَّب من الأصل الفارسي (شَيْرَهْ)؛ وهو: دهن السمسم، وقد يقال أيضاً للدُّهنِ الأبيض، وللعصير قبل أن يتغير طعمه تشبيهاً به لصفائه. ينظر: المغرب: ص٢٤٧، المصباح المنير: ٣٠٨/١.
(٦) (أي: ضمن القيمة) في: (أ).
(٧) ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع: ٢٢٧/٢، والإجماع لابن المنذر: ص١٤٧.
(٨) في (ج): (تمييزها).
(٩) سقط من: (ج).
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) ينظر: تحفة الفقهاء: ١٧٤/٣.

(وَإِنْ تَعَدَّى فِيهَا)؛ أي: لو تعدى المودَع على الوديعة (بِأَنْ كَانَتْ ثَوْباً، فَلَبِسَهُ)، وهلك حالة الاستعمال، (أَوْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا، أَوْ عَبْداً فَاسْتَخْدَمَهُ؛ ضَمِنَ، فَإِنْ أَزَالَ) المودَع (التَّعَدِّيَ) بأن ترك اللبس والركوب وعاد في الحفظ إلى دار أمر به فيها؛ (زَالَ الضَّمَانُ)؛ لأنه مأمور بالحفظ في كل الأوقات، فإذا خالف في البعض، ثم رجع؛ أتى بالمأمور به[(١)].

وقال الشافعي: لا يبرأ عن الضمان[(٢)]، ومعنى زوال الضمان: زوال ما يُؤدي إليه عند هلاكها (بِخِلَافِ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ)؛ يعني: أن كلاً منهما إذا تعدى كما إذا استعار دابة أو استأجرها ليركبها إلى موضع مخصوص أو يحمل عليها قَدْراً من المتاع، فركبها إلى موضع أبعد من المشروط، أو حمل عليها أزيد مما شرط، فإنه يضمن بالتعدي، ولو عاد إلى الوفاق بأن رجع إلى الموضع [الأول، أو وضع][(٣)] عنها الزائد من الثقل، فلا يبرأ من الضمان ما لم يردها إلى المالك صحيحة.

(وَكَذَا لَوْ أَوْدَعَهَا ثُمَّ اسْتَرَدَّهَا) معطوف على جملة قوله: (وإن تعدى فيها) إلى قوله: (زال الضمان)، وإنما أخره عن قوله: (بخلاف المستعير والأجير) لاختصاص هذا بحكم زائد على ما تقدم، وهو أن الوديعة لو هلكت عند المودع الثاني كان للمالك أن يضمن أيهما شاء، وأما مسألة لابسِ[(٤)] الثوب، وراكب الدابة، ومستخدم العبد، والمستعير، والمستأجر؛ فالضمان فيها على واحد فقط، فقدَّم ما فيه ضمان الواحد على ما فيه ضمان الاثنين.

(وَإِنْ أَنْفَقَ بَعْضَهَا)؛ أي: استهلك بعض الوديعة؛ (فَهَلَكَ الْبَاقِي) منها؛ (ضَمِنَ) قَدْر (مَا أَنْفَقَ فَقَطْ)، والباقي غير مضمون عليه؛ لأنه إنما تعدى في المقدار الذي أخذه، فيقتصر ضمانه عليه، وباقيه هلك من غير تعد، فلا يضمنه، (وَإِنْ رَدَّ مِثْلَهُ وَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي؛ ضَمِنَ الْجَمِيعَ) إذا هلك؛

---

(١) ينظر: الحاوي القدسي: ٢/١٥٥، والبحر الرائق: ٧/٤٧٠.

(٢) ينظر: النجم الوهاج في شرح المنهاج: ٦/٣٦٧ ـ ٣٦٨، مغني المحتاج: ٦/٢٢٠.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) في (ج): (لا بأس).

لأنه خلط ماله بمال غيره، فيكون استهلاكاً[(١)]، (وَلَوْ تَصَرَّفَ فِيهَا، فَرَبِحَ)؛ أي: لو كانت الوديعة[(٢)] عبداً، فاستغله، أو دابة فأكراها[(٣)]، أو عقاراً فأجره، ونحو ذلك مما يحصل منه ربح (يَتَصَدَّقُ بِهِ)؛ أي: بذلك الربح عند أبي حنيفة ومحمد، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: يَطِيبُ لَهُ) ذلك الربح[(٤)]، وذلك لأنه يصير مضموناً عليه بذلك التصرف والمضمون بمنزلة المِلْك، ولهما: إن هذا الربح حصل بسبب خبيث، وهو التصرف في مِلْك الغير بغير إذنه، وما هذا حاله، فسبيله التصدق إذا لم يرد إلى المالك.

(وَإِنْ أَوْدَعَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ)؛ أي: عند رَجل واحد (شَيْئاً) مما يقبل القسمة، فحضر أحدهما وطلب نصيبه؛ (لَا يَدْفَعُ) المودع (إِلَى أَحَدِهِمَا حِصَّتَهُ) من الوديعة (بِغَيْبَةِ الآخَرِ) عند أبي حنيفة، وهو مروي عن علي ﷺ[(٥)] (خِلَافاً لَهُمَا)، فإنهما يقولان: له أن يدفع إليه نصيبه إذا كان عَالِماً بمقداره، وكان شيئاً لا يتضرر بالقسمة كالمكيل والموزون.

لهما[(٦)]: إنه طالبه بدفع مِلْكه، فيؤمر بالدفع إليه كما في الدَّين المشترك؛ وهذا لأنه يطلب منه رد ما سلمه [إليه][(٧)] وهو نصيبه، ولهذا كان له أخذه إن ظفر به، فكذا يؤمر بدفعه، ولأبي حنيفة: أنه يطالبه[(٨)] بدفع نصيب الغائب؛ لأنه حقه في المشاع.

---

(١) يُلاحظ أن المؤلف فرق ـ في باب الضمان ـ بين الهلاك والاستهلاك: بأن الهلاك يعبّر به حين لا يجب في المتلف ضمان، والاستهلاك ما قد يضمن عند وجود سببه. ينظر: الهداية: ٢/٢٤٠، اللباب: ٣/٤٩٣.

(٢) في (أ) و(ب): (العارية)، وهي العرية؛ أي: العطية: وهي تمليك المنافع بغير عوض، وقال الكرخي: هي إباحة الانتفاع بمِلك الغير، وبهذا يوجد فرق بين الوديعة والعارية. ينظر: الهداية: ٢/٢٤٦، والمحيط البرهاني: ٥/٥٥٥.

(٣) الإكراء: هو الإيجار. ينظر: طلبة الطلبة: ص٢٦٢.

(٤) ينظر: مختصر القدوري: ص٢٠٠، والحاوي القدسي: ٢/١٥٥.

(٥) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: ٥/١٥.

(٦) في (أ): (لها).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) في (ج): (بطالبه)، وفي (ب): (يطالب).

وأي جزء أحرز(١)، فللغائب فيه حصة، فهو مشتمل على الحقين، ولا يتميز أحدهما عن الآخر إلا بالقسمة، وليس للمودَع ذلك، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع(٢) بخلاف الدَّين المشترك؛ لأن الدائن يطالب المديون بتسليم منه؛ لأن الديون تقضى(٣) بأمثالها، فما يدفعه المديون إلى أحد الدائنين يكون مثل حقه، وأما أخذه إذا ظفر به؛ فليس من ضرورته(٤) أن يجبر المودع على الدفع.

(وَإِنْ أَوْدَعَ) أحد شيئاً (عِنْدَ اثْنَيْنِ) من قسم (مَا يُقْسَمُ) كالدراهم والدنانير ونحوهما (اقْتَسَمَاهُ، وَحَفِظَ كُلٌّ حِصَّتَهُ)، ولا يجوز أن يدفع أحدهما كل الوديعة إلى الآخر، (فَإِنْ دَفَعَ أَحَدُهُمَا)؛ أي: أحد المودَعَين [أ/٣٣٧] ما في يده (إِلَى) المودع (الآخَرِ)، فضاع عنده، (ضَمِنَ الدَّافِعُ) النصف (لَا الْقَابِضُ)؛ أي: قابض الكل؛ لأنه مودَع المودَع، وأنه لا يضمن عنده، وكذا الحكم في المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا سَلَّم أحدهما إلى الآخر، (وَعِنْدَهُمَا: لِكُلٍّ) منهما (حِفْظُ الْكُلِّ بِإِذْنِ الْآخَرِ)؛ لعِلْم المالك بتعذر اجتماعهما [على](٥) الحفظ في مكان واحد ليلاً ونهاراً، فهو راض بحفظ أحدهما الكل، وله: أنه إنما رضي بحفظهما معاً، ولو رضي بحفظ أحدهما؛ لأفرده(٦) بالإيداع.

(وَإِنْ) كانت الوديعة (مِمَّا لَا يُقْسَمُ) وهو ما لا ينتفع به بعد القسمة كالعبد والفرس ونحوهما (حَفِظَهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الآخَرِ إِجْمَاعاً)(٧)، وفيه إشارة إلى أنه لو أخذه بغير إذن الآخر يكون القابض ضامناً إن هلك للتعدي(٨).

---

(١) في (ب): (أفرز) وسقط من: (ج).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق: ٥/٨٠.
(٣) في (ج): (يقتضي).
(٤) في (ج): (ضرورة).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) في (أ): (أفرده).
(٧) ينظر: العناية: ٨/٤٩٤، البناية: ١٠/١٢٨.
(٨) في (ج): (التعدي).

(وَإِنْ نَهَى) المالك المودع (عَنْ دَفْعِهَا)؛ أي: الوديعة (إِلَى عِيَالِهِ) بأن قال[١]: لا تدفعها إلى أهلك (فَدَفَعَ إِلَى مَنْ لَهُ مِنْهُ بُدٌّ)؛ أي: انفكاك بأن كان [له][٢] سواه[٣] أهله وخدمه؛ (ضَمِنَ) كما إذا دفعها إلى أجير له لا يعلم حاله ولا يوثق به مع أن له زوجة وولداً [يمكن أن][٤] يحفظها بهم، فدفع إلى الأجير، فضاعت؛ ضمن؛ لأن الشرط مقيد، فإن من العيال من لا يؤتمن على المال.

(وَإِنْ) دفعها بعد النهي[٥] (إِلَى مَنْ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ) كمن لم يكن له عيال سواه (كَدَفْعِ الدَّابَّةِ) المودعة (إِلَى عَبْدِهِ)، (وَ) دفع (شَيْءٍ يَحْفَظُهُ النِّسَاءُ) كالحلي (إِلَى زَوْجَتِهِ؛ لَا يَضْمَنُ)؛ لأنه يتعذر مراعاة شرطه، فيلغو ذكره كما لو شرطه أن يمسكها بيده، فإنه لغوٌ، أمّا لو دفع إلى من له بُدٌّ منه كدفع الدابة إلى زوجته أو شيء يحفظه[٦] النساء إلى عبده، وكما لو كان له خادمان، فنهي عن أحدهما؛ يضمن اعتباراً للنهي.

وَإِنْ أَمَرَهُ المالك المودَع (بِحِفْظِهَا فِي بَيْتٍ مُعَيَّنٍ مِنْ دَار، فَحَفِظَهَا فِي غَيْرِهِ مِنْهَا لَا يَضْمَنُ)؛ يعني: لو كان في الدار بيوت[٧] متعددة، فأمر المالك المودَع بأن يضع الوديعة في أحد تلك البيوت على التعيين، فحفظ في غيره، فلا ضمان عليه؛ لأن بيوت دارٍ واحدةٍ لا تتفاوت في الحرز غالباً، والدور تختلف، فله الحفظ في بيت نهي عنه (إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهِ)؛ أي: في ذلك البيت (خَلَلٌ ظَاهِرٌ)؛ يعني: لو كان البيت الذي خالف

---

(١) في (ج): زيد هنا قوله: (لا تدفعها إلى امرأتك، أو قال: لا تدفعها إلى والدك، أو).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (سوى).
(٤) سقط من: (أ) و(ب). ينظر: درر الحكام: ٢/٢٤٧.
(٥) في (ج): (الزوج).
(٦) في (أ): (يحفظ).
(٧) يقصد بالبيوت: الغرف المنتظمة في داره.

المودَع وحفظها فيه مشتملاً[(١)] على خلل ظاهر بأن كان ظهرها للسكة[(٢)]، فحينئذ يكون المودع بالمخالفة مفرطاً، فيضمن.

(وَإِنْ [أُمِرَ][(٣)] بِحِفْظِهَا فِي دَارٍ، فَحَفِظَ فِي) دار (غَيْرِهَا؛ ضَمِنَ)، لأن الدارين يتفاوتان في الحرز، فكان التقييد مفيداً، فيصح.

(وَلَوْ أَوْدَعَ الْمُودَعُ) الوديعة عند الأجنبي، (فَهَلَكَتْ) في يد المودع الثاني؛ (ضَمِّنَ) المالك المودع (الْأَوَّل فَقَطْ) عند أبي حنيفة؛ لأنه ترك الحفظ بالمفارقة عن الثاني، [وأما المودع] الثاني[(٤)] ما تركه، ووصل المال إليه من يد أمين، فلم يتعد بالقبض أيضاً، فلا يضمن، فهو كمن[(٥)] ألقى الريح ثوباً في حِجْره، وهلك من غير صنعه، (وَعِنْدَهُمَا: ضَمَّنَ) المالك (أَيّاً شَاءَ)؛ ولأنهما أجنبيان على مِلْك الغير، أما الأول؛ فلتعديه[(٦)] بالدفع بلا إذن، وأما الثاني فلقبضه بلا إذن فله الخيار، (وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِيَ؛ رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ لَا بِالْعَكْسِ)؛ أي: لو ضمن الأول لا يرجع على الثاني؛ لأن الأول صار مالكاً بتوجه الضمان عليه، فيكون مودعاً مال نفسه، وإن ضمن الثاني كان له الرجوع على الأول؛ لأنه عامل له، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة[(٧)].

(وَلَوْ أَوْدَعَ الْغَاصِبُ) المغصوب، فهلك في يد مودعه (ضَمَّنَ) المالك (أَيّاً شَاءَ) من الغاصب والمودَع، أما الغاصب فظاهر، وأما مودَعه؛ فلقبضه منه بلا رضا مالكه (إِجْمَاعاً)[(٨)].

---

(١) في (ج): (مشتمل).
(٢) السكة: هي الزقاق أو الطريق، ويريد به هنا: أن الغرفة يكون أحد جدرانها مطلّاً على الشارع. ينظر: المصباح المنير: ٢٨٢/١ مادة (سكك)، درر الحكام: ٢٤٧/٢.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (أ) و(ب).
(٥) في (ج): (لمن).
(٦) في (أ) و(ب): (فلتعد به).
(٧) ينظر: بدائع الصنائع: ٣٥٥/٨، النتف للسغدي: ٥٧٩/٢.
(٨) ينظر: بدائع الصنائع: ٣٥٦/٨، الجوهرة النيرة: ٣٤٧/١، والمراد بالإجماع هو: إجماع علماء المذهب.

ثم إنه إن لم يعلم أنه غاصب رجع على الغاصب قولا واحداً، وإن علم فكذلك في الظاهر، وحكى أبو اليسر[(١)] أنه لا يرجع، وإليه أشار شمس الأئمة[(٢)]، كذا في النهاية، وقول المصنِّف (إجماعاً) فيه نظر، فإن قاضي خان ذكر الخلاف في المسألة السابقة؛ يعني: أن المالك يُضَمِّن الأول فقط عند أبي حنيفة، وعندهما: أنه يُضَمِّن أيهما شاء[(٣)] إلى آخره، ثم قال: وهي ومودع الغاصب سواء هذا تصريح منه بأنها على الخلاف المذكور.

(**وَلَوْ أَوْدَعَ**) حر (**عِنْدَ عَبْدٍ شَيْئاً، فَأَتْلَفَهُ ضَمِنَهُ بَعْدَ عِتْقِهِ، وَإِنْ**) أودع (**عِنْدَ صَبِيٍّ**) شيئاً، (**فَأَتْلَفَهُ؛ فَلَا ضَمَانَ أَصْلاً**)؛ يعني: قبل البلوغ ولا[(٤)] بعده، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، (**وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَضْمَنَانِ لِلْحَالِ**)[(٥)] المراد بهما: [المحجوران][(٦)]؛ لأنهما لو كانا مأذونين بأخذهما الوديعة يضمنان في الحال اتفاقاً[(٧)].

قيدنا المأذون بأخذ الوديعة؛ لأن المأذون له في التجارة ليس بمأذون في أخذ الوديعة؛ لأنها ليست من التجارة، وقيد بكونهما مودعين؛ لأنهما لو أتلفا ما أودع عند الأب والمولى يضمنان اتفاقاً[(٨)]، وقيد بإتلافهما؛ لأن الوديعة لو تلفت في أيديهما لا يضمنان اتفاقاً[(٩)]، ولو كانت الوديعة

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص٦٤٦.
(٢) ينظر: المبسوط: ١٢٣/١١.
(٣) ينظر: فتاوى قاضي خان: ٢٦٧/٣.
(٤) في (ج): (ولو).
(٥) ينظر: المبسوط: ١٢٧/٦، الأصل للإمام محمد الشيباني: ٤٣٥/٨.
(٦) والحجر ـ بفتح الحاء وسكون الجيم ـ هو منع نفاذ التصرف القولي، وسببه ـ عند الحنفية ـ الصغر والجنون والرق. ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢٧٣/٢، وملتقى الأبحر: ص٥٠.
(٧) ينظر: بدائع الصنائع: ٣٥٢/٨، والجوهرة النيرة: ٣٤٧/١.
(٨) ينظر: الجوهرة النيرة: ٣٤٧/١.
(٩) ينظر: المصدر السابق.

عبداً فقتله الصبي يضمن اتفاقاً[١]، والمراد منه: الصبي الذي يعقل؛ لأن الصبي الذي لا يعقل لا يضمن اتفاقاً[٢].

(وَإِنْ دَفَعَ الْعَبْدُ) المودَعُ (الْوَدِيعَةَ إِلَى) عبد آخر (مِثْلِهِ)؛ يعني: المحجور، (فَهَلَكَتْ) عند الثاني؛ (ضَمِنَ) المالك (الْأَوَّلُ)؛ أي: العبد الدافع (بَعْدَ الْعِتْقِ) عند أبي حنيفة فقط؛ لأنه مودَع [المودَع][٣]، ولا ضمان عليه عنده إذا لم يتعدَّ[٤]، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: ضَمَّنَ أَيَّهُمَا شَاءَ لِلْحَالَ)، فيباع العبد فيه، أما الأول؛ فلأنه متلف بالدفع، وأما الثاني؛ فلأنه مودَع المودَع، وهو ضامن عنده، (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: إِنْ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ، فَبَعْدَ الْعِتْقِ) كما هو قول أبي حنيفة، (وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِيَ؛ فَلِلْحَالْ) كما هو قول أبي يوسف.

(وَمَنْ مَعَهُ أَلْفٌ، فَادَّعَى كُلٌّ مِنَ اثْنَيْنِ إِيدَاعَهَا عِنْدَهُ)، فأيهما برهن فهي له، وإن برهنا معاً فهي لهما، وإن لم يبرهنا وطلبا يمينه، (فَنَكَلَ) عن التحليف (لَهُمَا؛ فَهِيَ لَهُمَا) بحكم النكول يقتسمانها على السوية، (وَضَمِنَ لَهُمَا مِثْلَهَا)؛ أي: ألف أخرى يقتسمانها كذلك، فالمسألة على أربعة أوجه: لأنه إما:

١ ـ أن يحلف لكل واحد منهما، ٢ ـ أو يحلف للأول، وينكل الثاني، ٣ ـ أو بالعكس، ٤ ـ أو ينكل لهما.

١ ـ فإن حلف لكل واحد منهما؛ فلا شيء لهما، ٢ ـ وإن حلف للأول، ونكل للثاني؛ فالألف له ببذله، ٣ ـ وإن نكل للأول، وحلف للثاني؛ فالألف للأول، ولا شيء للثاني، ٤ ـ وإن نكل للثاني أيضاً؛ فالألف بينهما؛ لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله، وعليه ألف أخرى بينهما[٥].

---

(١) ينظر: درر الحكام في شرح غرر الأحكام: ٢/٢٤٨.
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ): (يتعدد).
(٥) ينظر: البناية: ١٠/١٣٤، والبحر الرائق: ٧/٤٧٥.

كتاب العارية

(هِيَ) في اللغة: فَعَلِيَّة ـ بالتشديد ـ منسوبة إلى العارة، اسم من الإعارة[١]، وأخذها من العار والعري خطأ[٢]، وفي المبسوط: هي بالتخفيف مُشْتَقَّة من التعاور، وهو التناوب، فكأن المعير يجعل للغير نوبة في الانتفاع بمِلْكه على أن يعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء[٣]، فهي معتل العين، ويؤيده استعمال الإعارة والاستعارة في هذا الباب.

وفي الشرع: (تَمْلِيكُ مَنْفَعَةٍ) احتراز عن البيع والهبة (بِلَا بَدَلٍ)[٤] احتراز عن الإجارة، وكونها [أ/٣٣٨] تمليك المنفعة اختيار أبي بكر الرازي[٥]، وهو الصحيح، وذهب الكرخي إلى إباحتها[٦]، وهو قول الشافعي[٧]، وثمرة الخلاف: تظهر في إعارة المستعير، فعندنا: يُعير، [وعند الكرخي: لا يُعير، وكذا][٨] عند الشافعي في أظهر الوجهين على ما في المحرر[٩].

---

(١) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: ٨٩/٢.
(٢) ينظر: تهذيب اللغة: ١٠٥/٣، ولسان العرب: ٦١٩/٤ مادة (عور)، والمصباح المنير: ٤٣٧/٢.
(٣) ينظر: المبسوط: ١٤٣/١١.
(٤) ينظر: الهداية: ٢٤٦/٢، وبدائع: ٣٦٩/٨، والبحر الرائق: ٤٧٦/٧.
(٥) ينظر: العناية: ٣٣/٩.
(٦) ينظر: الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري: ٣٥١/٢، والاختيار: ٥٥٢/٢.
(٧) ينظر: المهذب، للشيرازي: ١٨٩/٢، والبيان: ٤٥٠/٦.
(٨) سقط من: (أ).
(٩) ينظر: المحرر: ص٢٠٨. والمحرر: للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي=

(وَلَا تَكُونُ)؛ أي: لا تتحقق العارية (إِلَّا فِيمَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ) حقيقة أو مجازاً؛ وذلك لأن العارية على قسمين: أحدهما: حقيقة: وهو إعارة الأعيان التي ينتفع بها، وترد إلى مالكها؛ كالثوب والدار والعبد والدابة، وثانيهما: مجاز: وهو ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك وردّ مثله؛ كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، فهو إعارة صورة، وقرض معنى إلا أن يكون على وجه يبقى عينه أيضاً؛ نحو: أن يستعير دراهم أو دنانير ليزين بها حانوته ـ مثلاً ـ فهو كاستعارة الحلي.

ولهذا قال المصنِّف: (وَإِعَارَةُ الْمَكِيلَاتِ) كالحنطة والشعير، (وَالْمَوْزُونِ) كالذهب والفضة والعسل، (وَالْمَعْدُودِ) المتقارب كالجوز والبيض (قَرْضٌ إِلَّا إِذَا عَيَّنَ انْتِفَاعاً يُمْكِنُ رَدُّ الْعَيْنِ بَعْدَهُ)، ففي صورة الاستهلاك تكون عارية لفظاً وصورة، وقرضاً معنى؛ لكونه تمليكاً بعوض، وفي الصورة الانتفاع بالمنافع، ورد العين يكون بالعكس[1].

(وَتَصِحُّ) العارية بألفاظ: منها صريح، ومنها كناية، فهي (بِأَعَرْتُكَ) صريح، (وَ) بقوله: (مَنَحْتُكَ) هذا الثوب كناية، فإن المنح لتمليك العين عُرفاً، وعند عدم إرادته يُحمل على تمليك المنافع، وأصله إعطاء شاة أو نحوها ليشرب لبنها، ثم يردها، وكثر استعماله في تمليك العين، فإذا أريد به الهبة؛ أفاد مِلْك العين، وإلا بقي على أصله وصنعه.

(وَ) بقوله: (أَطْعَمْتُك أَرْضِي)؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه فهو تمليك، فيكون هبة، وإن أضيف إلى ما لا يطعم عينه؛ فهو تمليك ما يحصل منه، والانتفاع به إطلاق لاسم[2] المحل على الحال، فيكون عارية.

(وَ) بقوله: (حَمَلْتُك عَلَى دَابَّتِي)؛ لأن الحَمْل هو الإركاب حقيقة،

= القزويني (ت٦٢٤هـ) وهو كتاب معتبر مشهور عند الشافعية. ينظر: كشف الظنون: ٢٠٠/٣.

(١) ينظر: كنز الدقائق: ص٥٣٤، واللباب: ٥٠٢/٣.

(٢) في (أ): (الاسم).

وهو تصرف في منفعتها لا في عينها، فيكون عارية إلا أن يريد به الهبة؛ لأنه قد يذكر للتمليك، فإذا نواها كان هبة، (وَ) بقوله: (أَخْدَمْتُك عَبْدِي)؛ أي: جعلته لخدمتك، فإن الإذن في الاستخدام مجاز عن العارية (إِذَا لَمْ يُرِدْ بِذَلِكَ)؛ يعني: بهذه الألفاظ الأربعة (الْهِبَةَ).

وبقوله: (وَدَارِي:) مبتدأ، (لَكَ) خبره، (سُكْنَى:) معناه: سكناها لك؛ فإن لفظ سكنى محكم[1] في إرادة اللفظ النفع، فيصرف اللام عن إفادة المِلْك، وقوله: (سكنى) بدل اشتمال[2] من الضمير في قوله: لك، وسكنى الدار: منفعتها المطلوبة منها [عادة][3]، فقد أتى بمعنى العارية (أَوْ) بقوله: داري لك (عُمْرِي سُكْنَى) فعمري مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره: أعمرتها[4] لك عمري، والعمرى: جعل الدار لأحد مدة عمره، و(سكنى) تمييز عن النسبة إلى المخاطب، فالكل محتمل لتمليك المنافع، فيحمل عليه وهو معنى العارية[5].

(وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا)؛ أي: في العارية (مَتَى شَاءَ)؛ لقوله ﷺ: «العارية مؤداة»[6]، (وَلَوْ هَلَكَتْ بِلَا تَعَدٍّ فَلَا ضَمَانَ) على

---

(١) في (ج): (يحكم).

(٢) بدل الاشتمال ـ عند النحاة ـ هو قسم من أقسام البدل، وهو بدل شيء عن شيء يشتمل عامله على معناه اشتمالاً بطريق الإجمال، أو: هو الدال على معنى في متبوعه، أو: هو ما صح الاستغناء عنه بالأول وليس مطابقاً ولا بعضاً نحو: أعجبني زيدٌ علمه. ينظر: أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك: ٣/٣٦٥، شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك: ٣/٢٤٩.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) في (ج): (أعمرتك).

(٥) ينظر: فتح باب العناية: ٣/٣٤٥ـ٣٤٦، المسائل البدرية المنتخبة: ٢/٥٢١.

(٦) بهذا اللفظ هو من أبي أمامة، رواه ابن ماجه، وأبو داود، والنسائي، والترمذي وحسنه، وورد من رواية يعلى بن أمية بلفظ: «بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ»، رواه أبو داود، والنسائي، وابن حبان وصححه، وحسنه ابن حزم. ينظر: سنن ابن ماجه: ٢/٨٠١، سنن أبي داود: ٣/٢٢٥، السنن الكبرى، للنسائي: ٥/٣٣١ ـ ٣٣٣، سنن الترمذي: ٣/٥٧٧ و٤/٤٣٣، وصحيح ابن حبان: ١١/٢٢ و٤٩١، المحلى: ٨/١٤٤، ونصب=

المستعير سواء[١] هلكت عن الاستعمال أو لا؛ لأنها أمانة، فلا تضمن من غير تعد؛ لقوله ﷺ: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ»[٢]، وعند الشافعي: يضمن في الأخير وإن لم يقصر، ولا يضمن في الأول على أصح الوجهين، كذا في المحرر[٣][٤].

(وَلَا تُؤَجَّرُ) العارية؛ لأنه لو جاز؛ لبطل حق المعير في الفسخ، لتعلق حق المستأجر، (وَلَا تُرْهَنُ)؛ لما مر (كَالْوَدِيعَةِ)؛ يعني: كما أن الوديعة لا تؤجر ولا ترهن كذلك العارية[٥]، (فَإِنْ آجَرَهَا)؛ أي: لو آجَر المستعير العارية، (فَتَلِفَتْ) في يد المستأجر بلا تعد؛ (ضَمَّنَ) المالك (أَيَّهُمَا شَاءَ) من المستعير [أو][٦] المستأجر، (فَإِنْ ضَمَّنَ الْمُؤَجِّرَ)؛ [أي: المستعير، فلا يرجع على أحد][٧]، أما الضمان؛ فلأنه متعد حيث تصرف في مِلْك الغير بغير إذنه، فكان غاصباً، وأما عدم الرجوع؛ فلأنه بالضمان[٨] يملك المستعار مستنداً إلى وقت الإجارة، فهلك مِلْكه في يد المستأجر بلا تعدٍّ منه، فلا يضمن، ولا يخفى أن الأحسن أن يقول: على المستأجر.

(وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجِرَ رَجَعَ عَلَى الْمُؤَجِّرِ)؛ يعني: إن ضمن المالك

= الراية: ٢٩٢/٤ ـ ٢٩٣، وتحفة المنهاج إلى أدلة المنهاج، لابن الملقن: ٢٦٧/٢ و٢٧٩.

(١) في (ج): (سواه).

(٢) روي مرفوعاً وموقوفاً على شريح والمرفوع ضعيف، والموقوف على شريح هو محفوظ عنه كما صرح بذلك الدارقطني وغيره. ينظر: سنن الدارقطني: ٤٥٦/٣، السنن الكبرى، للبيهقي: ٩١/٦، ومصنف عبد الرزاق: ١٧٨/٨، ونصب الراية: ٢٨٥/٤.

(٣) في (ج): (كذلك العارية).

(٤) ينظر: المحرر: ص٢٠٨.

(٥) قوله: (كذلك العارية) سقط من: (أ) و(ب).

(٦) في كل النسخ: (والمستأجر).

(٧) قوله: (أي: المستعير لا يرجع على أحد) سقط من: (أ).

(٨) في (أ): (الضمان) وزيدت قبلها: (بأن).

المستأجر؛ [أي: الذي استأجر][١] العارية من المستعير، فهذا يرجع على المستعير الذي أجره إياها، وهذا (**إِنْ لَمْ يَعْلَمْ**) المستأجِر (**أَنَّهُ**)؛ أي: المستأجَر (**عَارِيَةٌ**) في يد المؤجر؛ لأنه قد غَرّهُ، حيث أجره مِلْك الغير، بخلاف ما إذا كان عالماً بأنها عارية في يده واستأجرها منه؛ إذ لا تغرير في ذلك، فلا يستحق الرجوع.

(**وَلَهُ**)؛ [أي][٢]: للمستعير (**أَنْ يُعِيرَ**) العارية لغيره[٣] إن كانت من قسم (**مَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ كَالْحَمْلِ عَلَى الدَّابَّةِ**)؛ يعني: لو استعار دابة ليحمل[٤] عليها كر[٥] حنطة؛ فله أن يعيرها لمن يحمل عليها ذلك القَدْر؛ لأنه ثقل متعين لا يختلف أثره باختلاف المحمل، [وقال][٦] الشافعي: ليس له أن يُعير ما استعاره[٧][٨]؛ لأنها إباحة المنافع عنده، والمباح له شيء لا يملك أن يبيحه لغيره؛ وهذا لأن المِلْك لا يلحق المنافع؛ لكونها معدومة، وتمليك المعدوم محال، وإنما جعلناها في الإجارة موجودة بحكم الضرورة، وهي معدومة ههنا، ونحن[٩] نقول: العارية هي تمليك المنافع ـ على ما ذكرنا ـ، فيملك الإعارة كالموصى له

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ب): (بغيره).
(٤) في (أ) و(ب): (يحمل).
(٥) الكَرّ: كيل معروف والجمع أكرار، مثل قفل وأقفال، وهو ستون قفيزاً، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف، فالكر على هذا الحساب اثنا عشر وسقاً، والكر عند الحنفية: ٢٣٤٠كجم، وعند الجمهور: ١٤٦٨٫٨كجم. ينظر: المصباح المنير: ٢/٥٣٠ مادة (كرر)، تاج العروس من جواهر القاموس: ١٤/٣٠ مادة (كرر)، المكاييل والموازين الشرعية: ص٩٦.
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (أ) و(ج): (باستعارة).
(٨) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين: ٤/٤٢٦، والتذكرة في الفقه الشافعي لابن الملقن: ص٧٧.
(٩) في (أ): (ونحو).

بالخدمة، ولما كانت المنافع قابلة للمِلْك في الإجارة؛ جعلت كذلك في العارية دفعاً للحاجة.

قوله: (لَا مَا يَخْتَلِفُ كَالرُّكُوبِ) عطف على قوله: (ما لا يختلف)؛ يعني: إعارة المعار لا تجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعاً لزيادة الضرر[١] عن المعير؛ لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره، ولهذا مثل بالركوب، فإن بعض الناس يؤذي الدابة إذا ركبها، وهذا (إِنْ عَيَّنَ) صاحب العارية (مُسْتَعْمِلاً) مخصوصاً، (وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ جَازَ أَيْضاً)؛ أي: إن لم يُعيّن مستعملاً جاز للمستعير أن يُعير لغيره كما في الحَمْل، أو على الوجه المذكور فيه إذا لم يختلف أثره (مَا لَمْ يَتَعَيَّنْ، فَإِنْ تَعَيَّنَ لَا يَجُوزُ)؛ أي: لو أطلق المعير لكن عين المستعير مستعملاً[٢] علم به المعير لا يجوز أن يتعداه بعد ذلك.

ثم مثل له بقوله: ـ على سبيل التفريع ـ (فَلَوْ رَكِبَ هُوَ)؛ أي: لو كان المستعار دابة، فركبها المستعير بمعرفة صاحبها؛ (لَيْسَ لَهُ إِرْكَابُ غَيْرِهِ)؛ لأنه تعيَّن ركوبه، (وَإِنْ أَرْكَبَ غَيْرَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْكَبَ هُوَ)؛ لتعين الغير، حتى لو خالف فيهما ضمن، (وَإِنْ قُيِّدَتْ) العارية (بِنَوْعٍ) من الاستعمال كركوب صبي أو بحمل[٣] كر حنطة ـ مثلاً ـ (أَوْ) قيدت (بِوَقْتٍ) معين كيوم وشهر، (أَوْ بِهِمَا) كحمل وقرِ[٤] قطنٍ يوماً؛ (ضَمِنَ بِالْخِلَافِ إِلَى شَهْرٍ) كركوب رَجل في الأول، وحمل كُرَّي حنطة في الثاني، أو استعمال يومين في الثالث، أو حمل وقر حديد في الرابع، أو قطن يوماً وليلة، لمخالفة التقييد المعتبر، وقوله: (فَقَطْ) معناه: أنه لو خالف إلى خير بأن حمل أخف مما قيد به أو أقل؛ لم يضمن؛ لأن

---

(١) في (ب) و(ج): (الغرر).

(٢) في (أ) و(ب): (استعمالاً).

(٣) في (ج): (يحمل).

(٤) وقر: الواو والقاف والراء: أصل يدل على ثقل في الشيء. ينظر: معجم المقاييس اللغة: ص١٠٦١، مادة (وقر).

المعير لما رضي بما قيد به؛ [فهو][(١)] بما هو أخف وأهون أرضى.

(وَإِنْ أَطْلَقَ فِيهِمَا)؛ أي: لو أطلق المعير العارية، ولم يقيدها بنوع ولا وقت؛ (فَلَهُ)؛ أي: للمستعير (الِانْتِفَاعُ بِأَيِّ [أ/٣٣٩] نَوْعٍ شَاءَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شَاءَ) عملاً بإطلاق اللفظ؛ لأنه يدل على أن المعير رضي باستعمال المستعير على أيّ وجه أراد، وإلّا لكان يبين له بالتقييد.

(وَتَصِحُّ إِعَارَةُ الْأَرْضِ لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ)؛ أي: يجوز أن يعير المالك[(٢)] أرضه لمن يبني فيها بناءً، أو يزرع فيها زرعاً، أو يغرس فيها شجراً؛ لأن ذلك منفعة معلومة تحصل من الأرض، (وَلَهُ)؛ أي: للمعير (أَنْ يَرْجِعَ) في عاريته ويسترجع الأرض (مَتَى شَاءَ)؛ لما مر من قوله ﷺ: «العارية مؤدّاة»، (وَيُكَلِّفُهُ قَلْعَهُمَا)؛ أي: إذا رجع صاحب الأرض في العارية، واسترجع أرضه؛ تبقى مشغولة بمِلْك المستعير، فيكلف تفريقها.

(وَلَا يَضْمَنُ) المعير ما لحق[(٣)] المستعير من نقص البناء والغرس بالقلع، (إِنْ لَمْ يُؤَقِّتْ) للعارية وقتاً؛ لأنه لم يغر[(٤)] المستعير، بل هو أغر، حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق له من المعير وعد، (وَإِنْ) كان (وَقَّتَ وَرَجَعَ) عنها (قَبْلَهُ)؛ أي: قبل الوقت الذي عينه للعارية؛ صح رجوعه؛ لما ذكرنا لكن (كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ)؛ لما فيه من خلف الوعد، (وَضَمِنَ) للمستعير (مَا نَقَصَ) من بنائه وغرسه (بِالْقَلْعِ) والقطع؛ لأن المستعير صار مغروراً من جهته[(٥)] حيث وقت له، والظاهر هو الوفاء بالعهد، فيرجع عليه دفعاً للضرر عن نَفْسه، (وَقِيلَ: يَضْمَنُ قِيمَتَهُ وَيَتَمَلَّكُهُ).

قال الحاكم الشهيد في هذه المسألة: إنه يضمن رب الأرض

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (للمالك أن يعير).
(٣) في (أ): (بالحق).
(٤) في (أ) و(ب): (يقر).
(٥) في (أ): (جهة).

للمستعير قيمة غرسه وبنائه، ويكونان[١] له إلا أن يشاء المستعير أن يدفعهما، ولا يضمنه قيمتهما؛ يعني: قيمة ما نقص منهما بالقلع[٢]، وهذا معنى قول المصنِّف: (وَلِلْمُسْتَعِيرِ قَلْعُهُ)؛ أي: قلع ما في الأرض المستعارة (بِلَا تَضْمِينٍ) للمالك، وهذا (إِنْ لَمْ تَنْقُصْ الْأَرْضُ بِهِ)؛ أي: بالقلع (كَثِيراً) من النقص، وهو مقدار ما يُتغابن فيه عند البيع، وإن كان النقص كثيراً؛ فله أن يضمنه؛ وذلك لأن البناء والغراس مِلْك المستعير، فله أن يتصرف فيه كيف شاء.

وقوله: (وَعِنْدَ ذَلِكَ الْخِيَارُ لِلْمَالِكِ) معناه: [ما][٣] قالوا: إنه إذا كان في القلع ضرر بالأرض؛ فالخيار إلى رب الأرض؛ لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع، والرجحان للأصل، فله أن يُعطي المستعير قيمة بنائه أو غرسه[٤] مقلوعاً، ويتركه في الأرض على حاله مِلْكاً له، وله أن يُكلف المستعير بقلعه.

(وَإِنْ أَعَارَهَا)؛ أي: الأرض (لِلزَّرْعِ لَا تُؤْخَذُ) الأرض من المستعير، بل تترك (حَتَّى يَحْصُدَ) الزرع استحساناً؛ لأن لإدراكه وقتاً معلوماً، ففي القلع إبطال مِلْك المستعير، وفي الترك تأخير حق تصرف المعير فيها، والأول أشد ضرراً، فيصير إلى الثاني، وتبقى بيده (وَقَّتَ أَمْ لَا) من وقت طلب المالك إلى أن يدرك الزرع بأجر المثل مراعاةً للحقين بخلاف الغرس والبناء؛ إذ ليس هناك مدة معلومة، فيقلع عند الطلب؛ دفعاً للضرر عن المالك سواء وَقَّتَ للعارية أَمْ لَا[٥].

(وَأُجْرَةُ رَدِّ الْمُسْتَعَارِ، وَالْمُسْتَأْجَرِ، والْوَدِيعَةِ، وَالرَّهْنِ، وَالْمَغْصُوبِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ، وَالْمُؤَجِّرِ، وَالْمُودَعِ) بفتح [الدال][٦] (وَالْمُرْتَهِنِ، وَالْغَاصِبِ)

---

(١) في (ج): (يكون).
(٢) ينظر: المبسوط: ١٥١/٦ ـ ١٥٢.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ب): (غراسه).
(٥) ينظر: فتح باب العناية: ٣٥٢/٣، البناية: ١٥٥/١٠.
(٦) سقط من: (ج).

لف ونشر مرتب[١]؛ لأن مؤنة الرد على من وقع القبض له، ففي الأول: [قبضه][٢] لمنفعة نفسه، وفي الثاني: سلم الأجرة على المؤجر، فيكون مؤنة الرد عليه، وفي الأخير كان الرد واجباً عليه، فيكون مؤنة الرد عليه، (وَإِذَا رَدَّ الْمُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ) المستعارة (إِلَى إِصْطَبْلِ رَبِّهَا) ولم يسلمها إلى مالكها، [(أَوْ) رد (الْعَبْدَ)][٣]، أَوْ) رد (الثَّوْبَ) المستعارين (إِلَى دَارِ مَالِكِهِ بَرِئَ) من الضمان استحساناً، والقياس: أن لا يبرأ لكونه مضيعاً بعدم التسليم إلى مالكها، وجه الاستحسان: أنه أتى بالتسليم المتعارف[٤]؛ لأن المعتاد في رد تسليم العواري، إنما هو إرجاعها إلى دار المالك[٥]، والإصطبل من جملتها، ولو أنه سلمها إلى المالك[٦]؛ لكان[٧] المالك يردها إلى الإصطبل، فكفاه هذه المؤنة، ولو كان المستعار عبداً؛ فرده إلى دار المالك، [ولم يسلمه][٨] ولم[٩] يضمن؛ لما بيناه.

وأما الثوب ففي أكثر الروايات: [أنه][١٠] كالعبد يبرأ المستعير برده إلى دار صاحبه، ولم يقيدوه بشيء، ولا يخفى أنه ليس كالعبد؛ لأن العبد يحفظ نفسه، والثوب يضيع بمجرد الوضع، فلا بدَّ من تسليمه إلى المالك أو إلى من هو في عياله[١١] (بِخِلَافِ الْغَصْبِ والْوَدِيعَةِ)؛ فإن

---

(١) أمّا اللّفُّ والنّشر: فهو فَنٌّ في المتعدّدات التي يتعلّق بكلّ واحِدٍ منها أمْرٌ لاحق.
اللف والنشر المرتب: أن يأتي النشر على وفق ترتيب اللف، مثل: قوله تعالى: ﴿وَمِن رَّحْمَتِهِۦ جَعَلَ لَكُمُ ٱلَّيْلَ وَٱلنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا۟ فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِهِۦ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴿٧٣﴾﴾ [القصص: ٧٣]. ينظر: البلاغة العربية أسسها وعلومها وفنونها: ١/٧٧٠.
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ) و(ب): (التعارف).
(٥) في (ج): (الملك).
(٦) في (ج): (دار المالك).
(٧) في (أ) و(ب): (لمكان).
(٨) سقط من: (أ).
(٩) الواو من قوله: (ولم) سقط من: (ب) و(ج).
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) ينظر: البناية: ١٠/١٥٦، والهداية: ٢/٢٤٩.

الغاصب والمودع لا يبرءان عن الضمان إلا بالتسليم إلى المالك؛ لأن الغاصب يجب عليه فسخ فعله[١]، وهو إنما يكون بالرد إلى المالك دون غيره، فلا يبرأ برد المغصوب إلى دار مالكه من غير تسليم إليه، والوديعة لا يرضى صاحبها بردها إلى الدار ولا بتسليمها إلى من هو في عياله؛ لأنه لو ارتضى ذلك لما أودعها إياه بخلاف العواري؛ لأن فيها عرفاً، فيعمل به.

(وَإِنْ رَدَّ الْمُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ) المستعارة (مَعَ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ)؛ أي: أجير المستعير[٢] (مُشَاهَرَةً)، وهو الذي استأجره للخدمة شهراً فشهراً[٣]، (أَوْ مُسَانَهَةً)، وهو الذي استأجره سنة فسنة، فإذا رد[٤] الدابة مع أحد هؤلاء (بَرِئَ) من الضمان، وذلك لأن العارية أمانة؛ فله أن[٥] يحفظها بمن هو في عياله وعبده كولده من عياله، وكذا الأجيران المذكوران، بخلاف الأجير مياومة، وهو من يستأجره يوماً فيوماً؛ لأنه ليس من عياله[٦].

(وَكَذَا)؛ أي: يبرأ[٧] من الضمان (إِنْ رَدَّهَا)؛ أي: الدابة المستعارة (مِنْ أَجِيرِ رَبِّهَا)؛ أي: الذي استأجره صاحب الدابة مشاهرةً أو مسانهةً لا مياومةً، (أَوْ) ردها مع (عَبْدِهِ)؛ أي: عبد ربها، سواء كان عبداً (يَقُومُ عَلَى الدَّابَّةِ) ويسوسها[٨]، (أَوْ لَا) يكون كذلك، وإنما قال هكذا؛ لأنه قيل: إن رد الدابة مع عبد مالكها إنما يسقط به الضمان عن المستعير إذا كان ذلك العبد هو الذي يقوم بخدمتها؛ لأن التسليم إليه كالتسليم إلى المالك، ولو سلمت إلى المالك؛ لردها إلى ذلك العبد كما في الإصطبل، لكن الأصح

---

(١) في (أ): (فعل).
(٢) في (ب): (المعير).
(٣) ينظر: المفهم للقرطبي: ٤/٣٦٢، العدوي على كفاية الطالب الرباني: ٢/١٨٠.
(٤) في (ج): (فأرد).
(٥) في (أ): (ولأن).
(٦) ينظر: البناية: ١٠/١٥٧، فتح باب العناية: ٣/٣٥٠.
(٧) في (أ): (يبرأى).
(٨) في (أ) و(ب): (يسوبها).

ما ذكره المصنف؛ لأن المولى يدفع الدابة إليه أحياناً، (بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ وَالْأَجِيرِ مُيَاوَمَةً)(١)؛ لعدم رضاء المالك بالدفع إليهما.

قوله: (وَرَدِّ شَيْءٍ نَفِيسٍ إِلَى دَارِ مَالِكِهِ) معطوف على الأجنبي؛ أي: وبخلاف رد شيء نفيس إلى دار مالكه من مالكه من غير تسليم، كما ذكر(٢) في العبد والثوب أنه يبرأ بمجرد الرد إلى مالكه، لكن لو كانت العارية شيئاً ذا قيمة كعقد لؤلؤ ونحوه لا يبرأ عن ضمانه(٣) إلا بالتسليم [إلى المعير](٤)؛ بناءً على العُرف المعتاد في العواري.

(وَيَكْتُبُ مُسْتَعِيرُ الْأَرْضِ لِلزِّرَاعَةِ: قَدْ أَطْعَمْتَنِي أَرْضَكَ)؛ يعني: إذا أعار أرضاً بيضاء ليزرعها(٥)، يكتب المستعير: إنك أطعمتني أرضاً كذا لأزرعها (لَا)؛ أي: لا يكتب: (أَعَرْتَنِي)، وهذا عند أبي حنيفة (خِلَافاً لَهُمَا)؛ لأن الموضوع شرعاً لهذا العقد لفظ الإعارة، والكتابة بالموضوع أولى، كما في إعارة الدار له [أ/٣٤٠]، أن لفظ الإطعام أدَلّ(٦) على المراد من الإعارة؛ لأنها تختص بالزراعة، وإعارة الأرض تارة تكون للبناء وتارة تكون للزراعة ونصب الفسطاط(٧)، وكانت الكتابة بلفظ الإطعام أولى؛ ليعلم أن غرضه الزراعة بخلاف الدار، فإنها لا تُعار إلا للسكنى، فيكتب بها(٨).

❖ ❖ ❖ ❖

(١) المياومة: أي: العمل بالأجرة كل يوم بيومه. ينظر: جمهرة اللغة: ٢/٩٩٤.
(٢) في (أ): (ذكره).
(٣) في (ج): (الضمان).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (أ) و(ب): (بزرعها)، وفي (ج): (لزرعها).
(٦) في (أ) و(ب): (أول).
(٧) الفسطاط: بيت من الشَّعَر، وهي الخيمة العظيمة. ينظر: لسان العرب: ٧/٣٧١ مادة (فسط)، والمصباح المنير: ٢/٤٧٢.
(٨) ينظر: العناية: ٩/١٨، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢/٢٤٣.

كتاب الهبة

هِيَ في اللغة: العطية الخالية عن تقدم الاستحقاق، وفعلها يتعدى بنفسه وباللام وبمن، والأفصح تعديته باللام[١]، ثم هي نوعان: تمليك وإسقاط، وهبة المهر من القسم الثاني.

وفي الشرع: (تَمْلِيكُ عَيْنٍ) احتراز عن الإعارة (بِلَا عِوَضٍ)[٢]؛ أي: بلا شرط عوض احتراز عن تمليك بعوض، وهي في المعنى بيع، لكن الظاهر يتناول الوصية بالعين، قيل: لو ترك لفظ العين[٣] لكان جامعاً للنوعين، فإن هبة الدَّين ممن عليه الدَّين ليس للعين فيه أثر ولا عين؛ لأن الدَّين وصف في الذمة.

أقول: هذا بالنظر إلى ظاهر اللفظ، وهو القياس، لكن الصواب هو ما ذهب إليه المصنِّف؛ لأن الاعتبار في هذا الفن للمعاني، والدَّين وإن كان وصفاً في الذمة لكن عند حصوله يكون عيناً، ولهذا إذا وهب الدائن ماله في ذمة المديون الثالث وأمره بقبضه جاز استحساناً، وكذا البنت إذا وهبت مهرها الذي تقرر لها في ذمة الزوج لأبيها أو لأخيها أو لأجنبي، وأمرت الموهوب له بقبضه؛ جاز وصحت الهبة.

(وَتَصِحُّ) الهبة (بِإِيجَابٍ) من قبل الواهب (وَقَبُولٍ) من جانب الموهوب له؛ لأنها عقد تمليك، وهو إنما يكون بالإيجاب والقَبُول، (وَتَتِمُّ

---

(١) ينظر: لسان العرب: ٨٠٣/١.

(٢) ينظر: بدائع: ٨٤/٨، وفتح باب العناية: ٣٠٨/٣.

(٣) في (ج): (العين).

بِالْقَبْضِ الْكَامِلِ) الممكن في الموهوب، فالقبض الكامل في المنقول ما يناسبه، وفي العقار ما يناسبه، فقبض مفتاح الدار قبض لها، والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة [بالقسمة][(١)] حتى يقع القبض على الموهوب بالأصالة من غير أن يكون بتبعية قبض الكل، وفيما لا يحتمل القسمة بتبعية الكل، ولو شاغلاً بمِلْك الواهب لا مشغولاً به.

(فَإِنْ قَبَضَ) الموهوب له الموهوب: تفريع على قوله: (وتتم بالقبض الكامل) (فِي الْمَجْلِسِ)؛ أي: في مجلس عقد الهبة (بِلَا إِذْنٍ) صريح من الواهب؛ (صَحَّ) القبض، وتمت الهبة استحساناً[(٢)]، (وَبَعْدَهُ)؛ أي: بعد المجلس، (لَا بُدَّ مِنْ الْإِذْنِ)؛ أي: إذن الواهب بالقبض، والقياس: أن لا يجوز في المجلس ولا بعده إلا بإذنه؛ لأنه تصرف في مِلْك الغير لبقاء المِلْك له قبل القبض.

وجه الاستحسان: أن التمليك بالهبة تسليط على القبض، وإذن للموهوب له به، وهذا في ضمن الإيجاب[(٣)] يقتصر على المجلس، فكذا ما هو في ضمنه بخلاف ما إذا كان بعد الافتراق لفوات المحل، وبخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس صريحاً؛ لأن الثابت ضمناً لا يعارض الصريح؛ أو لأن النهي عن القبض رجوع[(٤)]، ولما كان له الرجوع في المجلس صريحاً؛ فكذلك له ذلك دلالة.

(وَتَنْعَقِدُ) الهبة (بِوَهَبْتُ)[(٥)]؛ فإنه صريح [فيها][(٦)]، (وَنَحَلْت) أيضاً،

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني: ٢٣٨/٦، خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل: ٥٢٦/١.

(٣) في (ب): (الإيجاب والإيجاب).

(٤) القاعدتان الفقهيتان: (الثابت ضمناً لا يعارض الصريح)، (والنهي عن القبض رجوع) ذكرهما الموصلي. ينظر: الاختيار: ٤٨/٣، والأولى ذكرها بلفظ مقارب جداً صاحب العناية: ٤١٦/٥.

(٥) ينظر: مجمع البحرين وملتقى النيرين: ص٤٦١، ومختصر القدوري بهامشه الترجيح والتصحيح على القدوري: ص٢٧٧.

(٦) سقط من: (ج).

كذلك يقال: نحله كذا؛ أي: أعطاه إياه بطيب نفسه بلا عوض، (وَأَعْطَيْت)؛ بمعنى: وهبت؛ يعني: إذا قال الواهب في الإيجاب أحد هذه الألفاظ؛ صار موجباً موجداً شطر العقد، (وَأَطْعَمْتُك هَذَا الطَّعَامَ)؛ [لأن الإطعام][(١)] صريح في الهبة، وإذا أضيف إلى ما يطعم[(٢)] عينه؛ يراد به تمليك العين بغير عوض، بخلاف ما لو قال: أطعمتك هذه الأرض؛ لأن [الأرض][(٣)] نَفْسها لا تطعم، فيكون مجازاً عن العارية، (وَكَسَوْتُك هَذَا الثَّوْبَ) هبة أيضاً؛ لأنه يراد به التمليك، (وَأَعْمَرْتُكَ هَذَا الشَّيْءَ وَجَعَلْته لَك عُمْرِي)؛ بمعنى واحد؛ أي: جعلته لك طول العمر، قال ﷺ: «مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى؛ فَهُوَ لِلْمُعْمَرِ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ»[(٤)]، (وَدَارِي لَك هِبَةً) نصب على الحال من ضمير الظرف، واللام في ذلك للتمليك (تَسْكُنُهَا)، هذا لا ينافي الهبة بل تنبيه على المقصود بمنزلة قوله: هذا الطعام لك تأكله، وهذا الثوب لك تلبسه.

قوله: (وَبِنِيَّتِهَا فِي حَمَلْتُك عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ) معطوف على قوله: (بوهبت)، والضمير للهبة؛ يعني لو قال: حملتك على هذه الدابة ناوياً بذلك الهبة يكون هبةً، وإلا فهو عارية، وذلك لأن الحمل المضاف إلى المخاطب هو الإركاب حقيقة، فيكون عارية، لكنه يحتمل الهبة، يقال: حمل الأمير فلاناً على فرس؛ أي: مِلْكه، فيحمل عليه إذا نواه كما في الكنايات[(٥)].

(وَإِنْ قَالَ: دَارِي لَك) حال كونها (هِبَةً سُكْنَى)، قوله: (سكنى) تمييز، فيكون تفسيراً لما قبله، (أَوْ) قال: داري لك (سُكْنَى هِبَةً)؛ يعني:

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ب): (إلى يطعم)، وفي (أ) و(ج): (لي يطعم).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) بلفظ مقارب ينظر: صحيح مسلم: ١١٤٦/٣، رقم الحديث (١٦٢٥)، كتاب: الهبات، باب: العمرى.
(٥) في (أ): (الكتابات)، وفي (ج): (الكتابة).

داري لك بطريق السكنى حال كون السكنى هبة عارية؛ لأن (داري لك) ظاهر لتمليك الرقبة، ويحتمل لتمليك المنفعة، وقوله: (سكنى) محكم في تمليك المنفعة، فيرجح على المحتمل(١)، ولهذا المعنى صارت أخواته عارية، (أَوْ) داري لك (نُحْلَى سُكْنَى)، النحل: اسم من النِّحْلة، وهي الإعطاء، تقديره: نحلتها نحلة(٢)، وقوله: (سكنى) تمييز، (أَوْ) داري [لك](٣) (سُكْنَى صَدَقَةً)؛ أي: بطريق السكنى حال كون السكنى صدقة، (أَوْ) داري لك (صَدَقَةً عَارِيَّةً)؛ أي: داري لك بطريق الصدقة حال كونها عارية، (أَوْ عَارِيَّةً هِبَةً)؛ يعني: داري لك بطريق العارية حال كون(٤) [منافعها](٥) هبة، (فَعَارِيَّةٌ)؛ أي: تكون الدار بهذه الألفاظ عارية مردودة لا هبة مملوكة.

(وَتَصِحُّ هِبَةُ) شيء (مَشَاعٍ لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ)؛ أي: ليس من شأنه أن يحتملها؛ بمعنى: أنه لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبلها، كالرحى(٦)، والحَمَّام الصغير، والبيت الصغير، (لَا مَا يَحْتَمِلُهَا)؛ أي: لا تصح الهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة؛ بمعنى: أنه يبقى منتفعاً به بعدها كالدار ونحوها(٧).

وقال الشافعي: تصح في الوجهين؛ لعدم اشتراط كمال القبض عنده(٨)، (فَإِنْ قَسَمَ)؛ أي: بعد ما وهب النصف الشائع مثلاً، (وَسَلَّمَ) إلى(٩) الموهوب

---

(١) ينظر: العناية: ٩/٢٧، والبناية: ١٠/١٦٧.
(٢) ينظر: المغرب: ٢/٢٩٢.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (كونها).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) الرَّحى: الأداة التي يطحن بها، وهما حجران مستديران يوضع أحدهما على الآخر، ويدار الأعلى على قطب. ينظر: الجراثيم: ١/٤٠١، والمعجم الوسيط: ١/٣٣٥.
(٧) ينظر: اللباب: ٣/٤٢٨، ومجمع البحرين: ٤٦١، وخلاصة الدلائل: ١/٥٢٨.
(٨) ينظر: المهذب، للشيرازي: ٢/٣٣٤، والبيان: ٨/١٠٢.
(٩) سقط من: (ج).

له؛ (صَحَّ) عقد الهبة؛ لأن تمامها بالقبض، ولا شيوع عنده.

(وَلَا تَصِحُّ هِبَةُ دَقِيقٍ فِي بُرٍّ، وَ) لا هبة (دُهْنٍ فِي سِمْسِمٍ)، (وَ)لا هبة (سَمْنٍ فِي لَبَنٍ، وَإِنْ) - وصلية - (طُحِنَ) البر (أَو اسْتُخْرِجَ الدُّهْنُ وَسُلِّمَ)،فلو قال: وهبتك دقيق هذه الحنطة، ثم طحنها ونخل الدقيق، لا تصح هبة، وكذا لو قال: وهبتك شيرج هذا السمسم، ثم استخرجه، وكذا لو قال: وهبتك سمن هذا اللبن واستخرجه؛ لأن الموهوب وقت العقد معدوم، والمعدوم ليس محلاً للمِلْك، فوقع العقد باطلاً من أصله، والباطل لا يمكن تصحيحه، بل لا بدَّ فيه من عقد جديد لتصح، بخلاف المشاع؛ لأنه موجود حين العقد، لكن لعدم القسمة وقع فاسداً، فأمكن تصحيحه بالقسمة.

(وَهِبَةُ لَبَنٍ فِي ضَرْعٍ، وَصُوفٍ عَلَى غَنَمٍ، وَنَخْلٍ وَزَرْعٍ فِي أَرْضٍ، وَتَمْرٍ فِي نَخْلٍ [أ/٣٤١] كَهِبَةِ الْمَشَاعِ)؛ أي: لا تصح هذه الهبات، كما لا تصح هبة المشاع لعدم القبض، وإذا فصلت هذه الأشياء عن مِلْك الواهب[(١)] بأن حلب اللَّبن، وجز الصوف، وغيرهما، وقبض؛ صح؛ لأن المانع كان اتصال الموهوب [كاللَّبن][(٢)] بما ليس بموهوب، وقد زال ذلك المانع[(٣)].

(وَهِبَةُ شَيْءٍ هُوَ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ تَتِمُّ بِلَا تَجْدِيدِ قَبْضٍ)، بل يكفي كونه قابضاً إياه؛ لأن العين في قبضه، فوجد الشرط، فلا حاجة إلى تجديد قبض آخر.

(وَهِبَةُ الْأَبِ لِطِفْلِهِ تَتِمُّ بِالْعَقْدِ)؛ أي: بقوله: وهبت هذا الشيء لابني فلان، (إِنْ) كان (الْمَوْهُوبُ فِي يَدِ الْأَبِ، أَوْ يَدِ مُودَعِهِ)، أما إذا كان في يد الأب، فإن كونه قابضاً ينوب عن قبض الهبة، وأما إذا كان في يد مودع[(٤)] الأب، فإن يد المودع[(٥)] كيده، وإنما قيد بقوله: (لطفله)؛ لأنه لو

---

(١) في (أ): (من الواهب) وفي (ب): (من ملك الواهب).
(٢) سقط من: (أ) و(ج).
(٣) ينظر: المبسوط: ٨٣/٦، والبناية: ١٧٥/١٠.
(٤) في (ج): (مودوع).
(٥) في (ج): (المودوع).

وهب شيئاً لابنه الكبير يشترط قبضه، وإن كان في عياله، ولا يكتفى بقبض أبيه عندنا.

(إِلَّا إِنْ كَانَ) الموهوب (فِي يَدِ غَاصِبٍ)، أو مستأجر، أو مرتهن، (أَوْ مُبْتَاعٍ بَيْعاً فَاسِداً أَوْ مُتَّهَبٍ)؛ لأن كل واحد منهم قابض لنفسه، فلا ينوب عن قبض الهبة، ولا تتم به الهبة.

(وَالصَّدَقَةُ فِي ذَلِكَ كَالْهِبَةِ) في جميع أحكامها؛ لأنها تبرع مثلها (وَالْأُمُّ كَالْأَبِ عِنْدَ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً أَوْ مَوْتِهِ)؛ أي: لو كان الأب ميتاً، أو غائباً غيبة منقطعة[١]، (وَعَدَمِ وَصِيِّهِ)، وكان للطفل أم، فوهب له شيئاً هو في يدها أو يد مودعها[٢]؛ صحت هبتها بمجرد العقد، كما في هبة العقد، وهذا (إِنْ كَانَ الطِّفْلُ فِي عِيَالِهَا، وَكَذَا كُلُّ مَنْ يَعُولُ الطِّفْلَ) ويربيه إذا وهب للطفل شيئاً، فحكمه حكم الأب والأم سواء كان من أهله وأقاربه أو وصيه، فحكمهم في الهبة للطفل كذلك؛ لعجزه وكونه محلّاً للرحمة بالنص.

(وَهِبَةُ الْأَجْنَبِيِّ لَهُ)؛ أي: للطفل (تَتِمُّ بِقَبْضِهِ) هو (لَوْ) كان (عَاقِلاً)؛ لأنه في النافع المحض ملحق بالبالغ، (وَ) تتم (بِقَبْضِ أَبِيهِ أَوْ جَدِّهِ)؛ يعني: أب الأب، (أَوْ) بقبض (وَصِيِّ أَحَدِهِمَا)؛ أي: وصي الأب أو[٣] وصي الجد، (أَوْ) بقبض (أُمِّهِ) له (إِنْ) كان الطفل (فِي حِجْرِهَا)[٤] وحضانتها، قيد به؛ لأنه لو لم يكن في حِجْرها؛ لا تتم بقبضها، بخلاف الأب والجد ووصي أحدهما، حيث لا يشترط كونه في حِجْرهم، (أَوْ) بقبض (أَجْنَبِيٍّ يُرَبِّيهِ) كذلك، أما الأب؛ فلأنه يملك على ولده الصغير ما يكون دائراً بين النفع والضرر، كالتزويج، فالأولى أن يملك ما هو نفع

---

(١) الغيبة منقطعة: وهي أن يكون على مسيرة أكثر من ثلاثة أيام، أو تكون القوافل والأخبار منقطعة. ينظر: النتف: ٢٧٣/١، والمحيط البرهاني: ٤٢/٣ ـ ٤٣.

(٢) في (ج): (مودوعها).

(٣) في (ج): (و).

(٤) ينظر: خلاصة الدلائل: ٥٢٩/١، ومختصر القدوري بهامشه التصحيح والترجيح: ص٢٧٨.

محض، والجد قائم مقام الأب في ذلك عند عدمه، وكذلك وصي الأب أو الجد؛ لأن لهم ولاية عليه لقيامهم مقام الأب وأمه أيضاً، كذلك إذا كان في حِجْرها؛ لأن لها الولاية فيما يعود إلى حفظ نفسه وماله، وقبض الهبة له من هذا الباب، فتملكه، وكذلك إذا كان في حِجْر أجنبي يربيه؛ لأن له عليه يداً معتبرة.

(أَوْ بِقَبْضِ زَوْجِ الطِّفْلَةِ لَهَا)؛ يعني: لو كان للصغيرة زوج عاقل، فوهب لها أحد شيئاً، فإن الهبة تتم بقبض زوجها ذلك لها، (وَلَوْ) كان ذلك (مَعَ حَضْرَةِ الْأَبِ) يجوز قبض الزوج لها مع وجود أبيها، لكن (بَعْدَ الزِّفَافِ لَا قَبْلَهُ) ؛ لأن الأب[١] قد فوض أمورها إلى الزوج دلالة، بخلاف ما قبل الزفاف؛ لأنها ثمة في حِجْر الأب، فلا يتقدم الزوج عليه في ذلك؛ إذ[٢] لم يفوض [إليه][٣] أمرها بعد، بخلاف الأم، وكل من يعول الصغير أو الصغيرة غيرها، فإنهم لا يملكون ذلك مع وجود الأب إلا بعد موته أو حال [غيبته][٤] غيبة منقطعة في الصحيح؛ لأن تصرف هؤلاء إنما جاز ضرورة، وعند حضوره وقدرته على التصرف لا ضرورة، اللهم إلا أن يفوض الأمر إليهم؛ لقيامهم مقامه حينئذ.

(وَصَحَّ) عندهم (هِبَةُ اثْنَيْنِ) معاً (لِوَاحِدٍ دَاراً) مشتركة بينهما؛ لأنهما قد سلماها إليه جملة، وهو قد قبضها جملة، فلا شيوع؛ لاجتماع النصيبين للموهوب له (لَا عَكْسُهُ)؛ أي: لا يصح أن يهب واحداً داراً يملكها لاثنين[٥] ـ عند أبي حنيفة ـ، (خِلَافاً لَهُمَا)[٦]، فإن عندهما: تصح هذه الهبة؛ لأن الواهب وهب الجملة منهما، والتمليك وقع لهما دفعة، فلا يتحقق الشيوع كما لو رهن الدار عند اثنين؛ صح لعدم الشيوع، ولأبي حنيفة: إنه وهب من

(١) في (أ): (للأب).
(٢) في (ج): (إذا).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (للاثنين).
(٦) ينظر: الهداية: ٢/٢٥٤، ونتائج الأفكار: ٩/٣٥، والاختيار: ٣/٥٣٨ ـ ٥٣٩.

كل واحد منهما النصف شائعاً فيما يقبل القسمة بخلاف الرهن؛ لأن حكمه الحبس، وهو[١] يثبت لكل من المرتهنين كَمَلاً[٢].

(وَصَحَّ تَصَدُّقُ عَشَرَةٍ) تنوينها عوض عن المضاف إليه، والتقدير: عشرة دراهم [أو دنانير][٣] ونحوهما، مما يتصدق (عَلَى فَقِيرَيْنِ) عندهم، (وَ)كذا صح (هِبَتُهَا)؛ أي: العشرة (لَهُمَا)؛ أي: للفقيرين؛ إذ الهبة حينئذ مجاز عن التصدق، والتصدق إنما هو لله تعالى أولاً، ثم للفقير؛ لقوله ﷺ: «**الصدقة تقع في كف الرحمن قبل أن تقع[٤] في كف الفقير**»[٥]، وإنما تقع للفقير نيابة عنه تعالى، ولا شيوع في قبضه تعالى وحده لا شريك له، فصار كما إذا وهب لواحد، وقبضه اثنان بحكم الوكالة عنه، [وإنما خص العشرة بالذِّكر اقتضاء لكلام محمد في الجامع الصغير][٦][٧].

---

(١) في (ج): (أو).
(٢) في: (البناية) للعيني، وشرح الكلمة بأنها: نصبت على الحال من الضمير الذي في: (ثبت)؛ أي: كاملاً. ينظر: المبسوط: ٧٩/١٢، وبدائع: ١٠١/٨، والبناية: ١٠/ ١٨١.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (يقع).
(٥) رواه ابن المبارك بمعناه موقوفاً على ابن مسعود ﷺ، وابن زنجويه، ورواه الطبراني عنه، وعن ابن عباس بلفظ مقارب، ورواه ابن بطة موصولاً عن عائشة عن النبي ﷺ، ورواه موصولاً ابن المقرئ وابن شاهين، لكن عن ابن عباس ﷺ، ورواه البيهقي عن ابن عباس ﷺ، وضعف العراقي وابن حجر سنده: ولم أجد من تكلم في سند ابن المبارك ومن تابعه في الحديث الموقوف على ابن مسعود ولا في رواية عائشة، ويبدو لي: أن رجال الموقوف عن ابن مسعود أصح من غيره. ينظر: الزهد والرقائق: ص٢٧٧، الأموال، لابن زنجويه: ٧٦٠/٢، والمعجم الكبير، للطبراني: ١٠٩/٩ و٤٠٥/١١، والإبانة الكبرى: ٢٩٢/٧، والترغيب، لابن شاهين: ص١١٣، والسنن الكبرى، للبيهقي: ١٨٥/٥، ومغني الأسفار: ص٢٥٦، ومجمع الزوائد: ١١٠/٣.
(٦) من قوله: (وإنما خص العشرة بالذكر اقتضاء لكلام محمد في الجامع الصغير) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: خليج البحار: ص١٢٨.

(وَلَا تَصِحَّانِ)؛ [أي][١]: الصدقة والهبة (لِغَنِيَّيْنِ) عند أبي حنيفة؛ للشيوع؛ لأن صيغة التصدق حينئذ مجاز عن الهبة، فله حكمها (خِلَافاً لَهُمَا)؛ لأن الهبة للاثنين جائزة عندهما؛ لعدم الشيوع[٢] .

❖ ❖ ❖ ❖

(١) سقط من: (أ).

(٢) ينظر: الجامع الصغير: ص٤٣٧، وفتح باب العناية: ٣/٣١٢.

باب الرجوع في الهبة

أي: في الهبة إذا وهب شيئاً لأجنبي (يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِيهَا كُلّاً أَوْ بَعْضاً)؛ أي: يجوز أن يرجع الواهب في كل ما وهب وفي بعضه[(١)]، لقوله ﷺ: «الواهب أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا»[(٢)]؛ أي: ما لم يعوض، والمراد حق الرجوع بعد التسليم.

[وقال الشافعي: لا يصح إلا في هبة الوالد لولده[(٣)]؛ لقوله ﷺ: «لَا يَرْجِعُ الواهب فِي هِبَتِهِ إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يَهِبُ لِوَلَدِهِ»[(٤)]، ونحن نقول: المراد

---

(١) ينظر: خلاصة الدلائل: ٥٣١/١، والحاوي القدسي: ١٤٥/٢.

(٢) رواه ابن ماجه، والدارقطني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وفي إسناده ضعف، وعن ابن عباس رضي الله عنه أخرجه الطبراني في معجمه، والدارقطني بإسنادين ضعيفين، وعن ابن عمر رضي الله عنه، رواه الحاكم، والدارقطني وإسناده صحيح إلا أن البيهقي قال: غلط فيه عبيد الله بن موسى عن حنظلة عن سالم عنهُ، والصواب رواية ابن وهب عن حنظلة عن سالم عن ابن عمر، عن عمر قوله، وهكذا قال ابن عيينة عن عمرو عن سالم. ينظر: سنن ابن ماجه: ٧٩٨/٢، وسنن الدارقطني: ٤٤/٣، والمستدرك: ٦٧/٢، والسنن الكبرى، للبيهقي: ٢٩٩/٦ ـ ٣٠٠، المعجم الكبير، للطبراني: ١٤٧/١١، ونصب الراية: ٣٠٦/٤.

(٣) ينظر: كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار: ص٤٢٧ ـ ٤٢٨، والتدريب في الفقه الشافعي: ٢٧١/٢.

(٤) رواه أصحاب السنن الأربعة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، ورواه ابن حبان، والحاكم، وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي، وكل هؤلاء رووه من طريق عمرو بن شعيب عن طاووس، قال الحاكم: لا خلاف في عدالته، إنما اختلفوا في سماع أبيه عن جده. ينظر: سنن ابن ماجه: ٧٩٢/٢ - ٧٩٦، وسنن أبي داود: ٢٩١/٣، وسنن الترمذي: ٤٤٢/٤، وسنن النسائي: ١٧٩/٩، ونصب الراية: ١٢٤/٤.

نفي الاستبدال في الرجوع وإثباته للوالد؛ لأنه يتملكه[١] للحاجة، وذلك يُسمى رجوعاً][٢].

(وَيُكْرَهُ)[٣] الرجوع فيها؛ لقوله ﷺ: «العائِدُ في هِبَتِهِ كالكلبِ يَعُودُ[٤] في قَيئِهِ»[٥]، فهذا يدل على قباحة هذا الفعل ودناءة فاعله.

ثم الرجوع في الهبة له سبعة موانع، ذكروا لها جامعاً يدل كل حرف منه على مانع منها، وهي قول المصنِّف: (وَيَمْنَعُ مِنْهُ)؛ أي: من الرجوع (حُرُوفُ دَمْعٍ خُزُقَةٍ)، وذلك[٦] لأنهم أخذوا من لفظ كل مانع حرفاً، شرع المصنِّف في تفصيلها، بقوله: (فَالدَّالُ: الزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ، كَالْبِنَاءِ وَالْغِرْسِ) ـ بكسر [الغين][٧] المعجمة وسكون الراء المهملة ـ، (وَالسِّمْنِ) [والجمال][٨] وغيرها مما يوجب زيادة قيمة الموهوب، أما إذا لم يزد لمالكه مالية[٩]، كما إذا بنى دكاناً صغيراً، أو غرس غرساً لا يُعبأ به[١٠]، فلا يسقط حق الرجوع، وكذا إذا زاد[١١] [زيادة][١٢] توجب[١٣] نقصاً [أ/٣٤٣]، كالسن

---

(١) في (ج): (يتملك).
(٢) من قوله: (وقال الشافعي: لا يصح) إلى قوله: (وذلك يسمى رجوعاً) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج: ٦٠/١.
(٤) في (ج): (يعده).
(٥) ينظر: صحيح البخاري: ١٥٨/٥، رقم الحديث (٢٥٨٩)، كتاب الهبة، باب هبة الرَّجل لامرأته والمرأة لزوجها، صحيح مسلم: ١٢٤٠/٣، رقم الحديث (١٦٢٢)، كتاب: الهبات، باب: تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض.
(٦) في (ج): (أي: بالوقف وذلك).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) في (ج): (ماليته).
(١٠) لا يُعبأ به: أن يستحقره الناظر إليه لقلته. ينظر: العين: ٢٦٣/٢، ولسان العرب: ١١٨/١ مادة (عبأ).
(١١) في (أ): (أزاد).
(١٢) سقط من: (ج).
(١٣) في (ج): (ما توجب).

الشاخصة، فإنها ليست بزيادة حقيقية بل هي نقصان معنى، فلا يمنع الرجوع، وكذا لا تمنع زيادته بحسب السّعر؛ إذ هي ليست بزيادة في عين الموهوب، بل هي زيادة في رغبة الناس.

اعلم أن الزيادة مانعة لا مسقطة، فإذا زال المانع ثبت حق الرجوع (لَا الْمُنْفَصِلَةِ)؛ أي: لا تكون الزيادة المنفصلة مانعة؛ لإمكان الرد بدونها، كولد وأرش[١] [وعقر][٢]، وكذلك النقص لا يكون مانعاً سواء كان في الذات أو[٣] في القيمة[٤].

(وَالْمِيمُ: مَوْتُ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ)، أما إذا مات الموهوب له؛ فلأن المِلْك قد انتقل إلى وارثه، فصار كما انتقل عن مِلْكه في حياته[٥][٦]، وأما إذا مات الواهب؛ فلأن النص لم يوجب حق الرجوع إلا[٧] للواهب، والوارث ليس بواهب، ولا يخفى أنه لو اكتفى بذكر موت الواهب لتمّ[٨] وكفى؛ لأن إطلاق قوله الآتي: الخروج عن مِلْك الموهوب له يغني عن ذكر موته، فذكر موته للمناسبة ودفع التوهم.

(وَالْعَيْنُ: الْعِوَضُ الْمُضَافُ إِلَيْهَا)؛ أي: إلى الهبة (إِذَا قَبَضَ نَحْوُ) ما

---

(١) الأرش: اسم للمال الواجب في الجناية على ما دون النفس، سُمي بذلك لأنه جابر لها عمّا حصل فيها من النقص، وعلى ذلك عرّفه الفقهاء بأنه: دية الجراحة. ينظر: العين، للفراهيدي: ١١٦/٦، ومفاتيح العلوم: ٣٦/١، والمخصص: ٧٠/٢، والتعريفات: ص١٧.

(٢) سقط من: (أ). والعُقْرُ: ـ بضم العين وسكون القاف ـ: مهر المرأة إذا وطئت عن شبهة، سُمي بذلك لأنه يجب على الواطئ بعقره إياها بإزالة بكارتها؛ أي: بجرحه حد، هذا هو الأصل، ثم صار للثيب وغيرها. ينظر: طلبة الطلبة: ص٤٥.

(٣) في (أ): (و).

(٤) ينظر: خلاصة الفتاوى: ص٣٣٠، وتبيين الحقائق: ٩٨/٥، والبحر الرائق: ٤٩٦/٧.

(٥) في(ج): (حال حياته).

(٦) ينظر: الاختيار: ٥٤٣/٢، واللباب: ٤٣٨/٣.

(٧) في (ج): (لا).

(٨) في (ج): (ليتم).

إذا قال الموهوب له للواهب إذا عوضه بشيء عنها: (**خُذْ هَذَا عِوَضاً عَنْ هِبَتِك**، **أَوْ**) خذه (**بَدَلاً عَنْهَا**)، (**أَوْ**) خذه (**فِي مُقَابَلَتِهَا**)، فإذا قبض الواهب ذلك الشيء قل أو كثر؛ صح التعويض، وامتنع الرجوع[(١)]، (**وَلَوْ**) ـ وصلية ـ (**كَانَ**) ذلك العوض (**مِنْ أَجْنَبِيٍّ**)؛ أي: من غير الموهوب له متبرعاً؛ لأن العوض لإسقاط الحق، فيصح من الأجنبي، ولا يكون بعد ذلك لأحد منهم الرجوع، أما الواهب والموهوب له: فللتعويض، وأما الأجنبي؛ فللتبرع، (**فَلَوْ لَمْ يُضِفْ**)؛ أي: [لو][(٢)] أعطى الواهب ما أعطاه، ولم يقل شيئاً من الألفاظ المذكورة الدالة على ما يعطيه عوضاً عن الهبة؛ (**فَلِكُلٍّ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا وَهَبَ**)؛ أي: لكل واحد من الواهب والموهوب له والأجنبي [الرجوع][(٣)] فيما أعطى، وأفاد بقوله: (فيما وهب) أن كل واحد صار واهباً مستقلاً؛ لعدم الإضافة، ولكلٍّ أن يرجع فيما وهب، هذا إذا لم يكن مانع من قرابة أو غيرها، لكن لظهوره لم يتقيد المصنِّف بالتقييد عليه.

(**وَالْخَاءُ: الْخُرُوجُ عَنْ مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ**) بالبيع ونحوه؛ لأن تبديل المِلْك كتبديل العين، فهذا يؤول إلى هلاك الموهوب حكماً.

(**وَالزَّايُ: الزَّوْجِيَّةُ**) والعبرة للزوجية (**وَقْتَ الْهِبَةِ**)، وإنما[(٤)] كانت[(٥)] الزوجية مانعة؛ لأن المقصود من هبة أحد الزوجين للآخر هو الصلة وحصول الألفة والمحبة بين الزوجين، وفي الرجوع نقص ذلك بالوحشة والنفرة، ولا يجوز ذلك حفظاً للألفة المندوب إليها بالنص القطعي[(٦)].

---

(١) ينظر: كنز الدقائق: ص٥٣٨، مختصر القدوري: ص١٩١.

(٢) سقط من: (أ).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) في (ج): (وإن).

(٥) في (أ): (كان).

(٦) يشير المؤلف إلى قوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾﴾ [الروم: ٢١]، ينظر: كتاب الآثار للإمام محمد بن الحسن الشيباني: ٢/٥٩٩.

(فَلَهُ الرُّجُوعُ لَوْ وَهَبَ، ثُمَّ نَكَحَ)؛ لأنها لما كانت أجنبية وقت الهبة عُلِم أن مقصودهُ العوض، ولم ينل ذلك، فله أن يرجع فيها، (لَا لَوْ وَهَبَ، ثُمَّ أَبَانَ)؛ يعني: لا يرجع لو وهب لها ثم أبانها؛ لأن الهبة لما كانت في حق قيام الزوجية عُلِم أن مقصودهُ لم يكن العوض، ولا فرق في هذا بين كون الزوجين مُسْلمين أو مختلفين، (وَالْقَافُ: الْقَرَابَةُ) القريبة، وإن اختلف العاقدان إسلاماً وكفراً[1]، (فَلَا رُجُوعَ فِيمَا وَهَبَ لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ)؛ لقوله ﷺ: «إذا كانَت الْهِبَة لذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ لم يرجعْ فيها»[2]؛ ولأن المقصود من[3] هذه الهبة صلة الرحم، وقد حصل، فالرجوع عنها عود إلى القطيعة فلا يجوز.

(وَالْهَاءُ: هَلَاكُ الْمَوْهُوبِ) وامتناع الرجوع فيه ظاهر، (وَالْقَوْلُ فِيهِ)؛ أي: لو اختلفا، فقال الموهوب له: هلك الموهوب، وقال الواهب: هو باقٍ؛ فالقول (قَوْلُ الْمَوْهُوبِ لَهُ) بلا حلف كذا في الكافي[4][5]، (وَفِي) عدم (الزِّيَادَةِ قَوْلُ الْوَاهِبِ)؛ أي: لو اختلفا في الزيادة وعدمها، فقال الموهوب له: زاد الموهوب زيادة متصلة كالسمن، وقال الواهب: لم يزد؛ كان القول للواهب مع يمينه عندنا.

---

(١) في (ج): (فكذا).

(٢) رواه الدارقطني والبيهقي، والحاكم وقال: صحيح على شرط البخاري، وسكت عنه الذهبي، وقال البيهقي: ليس بالقوي، وكلهم رووه عن عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن المبارك عن حماد بن سلمة عن قتادة عن سمرة، وتعقب ذلك ابن دقيق العيد في (الإلمام) بأنه صحيح على شرط الترمذي، وقال ابن الجوزي: وعبد الله بن جعفر ضعيف، وخطأه صاحب التنقيح وقال: بل هو ثقة من رجال الصحيحين، والضعيف هو والد علي بن المديني، وهو مقدم على هذا، وهو الرَّقِّي، ورواة هذا الحديث كلهم ثقات، ولكنه حديث منكر، وهو من أنكر ما روي عن الحسن عن سمرة. ينظر: سنن الدارقطني: ٤٤/٣، والمستدرك الحاكم: ٦٠/٢، والسنن الكبرى، للبيهقي: ١٨١/٦، والإلمام: ٥٤٢/٢، التحقيق: ٢٣٠/٢، ونصب الراية: ٣٠٩/٤.

(٣) في (ج): (هي).

(٤) ينظر الكافي المخطوط: ل ١٩١.

(٥) ينظر: الهداية: ٢٥٦/٢، والبناية: ١٩٠/١٠.

[وقال زفر: القول للموهوب له؛ لأن الموهوب له أعرف بحال الموهوب؛ لأنه في يده، فكان القول له، ولنا: إن الموهوب له يدعي لزوم عقد الهبة وبطلان حق الرجوع، والواهب ينكر، فكان القول له](١)(٢).

(وَلَوْ عَوَّضَ) الموهوب له الواهب(٣) بشيء (فَاسْتَحَقَّ نِصْفَ الْهِبَةِ؛ رَجَعَ) المعوض (بِنِصْفِ الْعِوَضِ) اعتباراً للجزء بالكل؛ لأنه لم يدفع إليه إلا ليسلم له الموهوب كله، فإذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات، (وَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْعِوَضِ لَا يَرْجِعُ) الواهب (بِشَيْءٍ) من الهبة (حَتَّى يَرُدَّ) الواهب (بَاقِيَهُ)؛ أي: باقي العوض؛ لأنه يصلح عوضاً عن الكل ابتداء(٤)، وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو، فيكون مخيراً؛ لأن حقه في الرجوع لم يسقط إلا ليسلم له كل العوض، ولم يسلم، فإن شاء رد ما بقي، ورجع في الكل، وإن شاء أمسك(٥) ما بقي، ولم يرجع بشيء.

(وَإِن اسْتَحَقَّ الْكُلَّ رَجَعَ بِالْكُلِّ فِيهِمَا)؛ أي: إن استحق كل الهبة رجع بكل العوض، وإن استحق كل العوض رجع بكل الهبة، أما الأول؛ فلأنه [إنما](٦) بذل العوض؛ ليسلم له الموهوب، فلما لم يسلم؛ يرجع بما بذل، وأما الثاني؛ فلأنه إنما(٧) سقط حقه في الرجوع لأجل أن يسلم له(٨) البدل، وحيث لم يسلم، فله الرجوع بما وهب، (وَلَوْ عُوِّضَ عَنْ نِصْفِهَا)؛ أي: نصف الهبة، والمراد: الموهوب، (فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَا لَمْ يُعَوِّضْ)؛

---

(١) من قوله: (وقال زفر) إلى قوله: (فكان القول له) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: مجمع البحرين: ص٤٦٤.
(٣) في (ج): (أي: الواهب).
(٤) في (ج): (ابتداء ومالاً).
(٥) في (ب) و(ج): (أمسكه).
(٦) سقط من: (أ) و(ب).
(٧) في (ب): (إن).
(٨) في (ج): (إليه).

لأن المانع عن الرجوع إنما خص النصف، ولا مانع في الباقي، فله[١] الرجوع به.

قوله: (عوض) بصيغة المجهول، والضمير فيه يعود إلى الواهب، وكذلك ما بعده من الضمائر الثلاثة، ويجوز [أن يكون معلوماً، وضميره يعود إلى الموهوب له، لكن يلزم منه تفكيك الضمير كما لا يخفى][٢].

(وَلَوْ خَرَجَ نِصْفُهَا عَنْ مِلْكِهِ) ببيع، أو هبة أو غير ذلك؛ (فَلَهُ)؛ أي: للواهب، (أَنْ يَرْجِعَ بِمَا لَمْ يَخْرُجْ) عن المِلْك الموهوب له، (وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِتَرَاضٍ) من الطرفين أو حكم قاض[٣]؛ لأن الرجوع فسخ العقد، فلا يصح إلا ممن له ولاية عامة أو منهما؛ لولايتهما على أنفسهما، ولا اعتبار لقول الواهب: رجعت عما وهبت؛ لعدم استقلاله.

ولهذا فَرَّع عليه بقوله: (فَلَوْ أَعْتَقَ الْمَوْهُوبُ لَهُ) الموهوب أو باعه، متعلق بأعتق (قَبْلَ الْقَضَاءِ وَالتَّسْلِيمِ[٤] نَفَذَ)؛ أي: لو كان الموهوب عبداً، فرجع[٥] الواهب بقوله: رجعت، لكن لم يحكم القاضي بصحة الرجوع، ولم يسلمه الموهوب [إلى الواهب، فأعتقه الموهوب له أو باعه في تلك الحالة، نفذ ما صنع الموهوب له][٦]؛ لأنه لا يزول عن مِلْكه إلا بالقضاء.

(وَلَوْ مَنَعَهُ)؛ أي: [إن][٧] منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد ما رجع قبل القضاء، (فَهَلَكَ) الموهوب في يد الموهوب له؛ (لَا يَضْمَنُ) قيمته لقيام مِلْكه فيه، فيكون قد هلك على مِلْكه، ولم يتحقق عودهُ

---

(١) في (أ) و(ب): (له).
(٢) من قوله: (أن يكون) إلى قوله: (كما لا يخفى) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: فتح باب العناية: ٣/٣١٣، ونتائج الأفكار: ٩/٤٦.
(٤) في (ج): (وقبل التسليم).
(٥) في (ج): (فيرجع).
(٦) من قوله: (إلى الواهب فأعتقه) إلى قوله: (ما صنع الموهوب له) سقط من: (ج).
(٧) سقط من: (ج).

إلى مِلْك الواهب [أ/٣٤٣]، وكذلك إذا هلك في يده بعد القضاء؛ لأن أول القبض غير مضمون، وهذا دوام عليه لا تَعَدٍّ[١]، اللهم إلا أن يمنعه من الواهب بعد ما طلبه؛ لأنه حينئذ يكون متعدياً بالحبس، فيضمن، والمصنِّف لم يذكر هذا، ولا بدَّ منه.

(وَهُوَ)؛ أي: الرجوع (مَعَ أَحَدِهِمَا)؛ أي: مع الرضاء أو القضاء (فَسْخٌ) لعقد الهبة (مِنَ الْأَصْلِ)، وإعادة للمِلْك القديم (لَا هِبَةٌ) مستقلة للواهب (مِنَ الْمَوْهُوبِ لَهُ)، وإذا[٢] كان كذلك؛ (فَلَا يُشْتَرَطُ قَبْضُهُ)؛ أي: لا يشترط في صحة الرجوع أن يقبض الواهب ما وهب من الموهوب له؛ لأن القبض إنما يُعتبر في انتقال المِلْك لا في عود المِلْك القديم.

(وَصَحَّ) الرجوع أيضاً (فِي الْمُشَاعِ)[٣] القابل للقسمة، كنصف دار وهبت، ولو كان هبة؛ لما صح فيه، (وَإِنْ تَلِفَ الْمَوْهُوبُ) في يد الموهوب له، (فَاسْتَحَقَّ)؛ أي: ظهر له مستحق، (فَضَمِنَ الْمَوْهُوبُ لَهُ) قيمته؛ (لَا يَرْجِعُ) بما ضمنه من القيمة (عَلَى وَاهِبِهِ) بشيء؛ لأن الهبة عقد تبرع، فلا يستحق فيه السلامة[٤].

(وَالْهِبَةُ بِشَرْطِ الْعِوَضِ هِبَةُ ابْتِدَاءٍ)، هذا إذا ذكره بكلمة (على) بأن يقول: وهبت هذا العبد لك على أن تعوضني هذا الثوب، وأما إذا ذكر بحرف الباء بأن يقول: وهبة لك هذا الثوب بعبدك هذا أو بألف درهم، وقبله الآخر يكون بيعاً ابتداء وانتهاءً بالإجماع، كذا في شروح الهداية[٥] وغيرها.

---

(١) دوام عليه: أي: المتحقق بعد القضاء أو على القبض الذي لم ينعقد سببه للضمان عليه، فلا تعدٍّ فيه، ولا تقصير. ينظر: البناية: ١٠/٢٠١.

(٢) في (ج): (وإن).

(٣) ينظر: خلاصة الدلائل: ١/٥٣٧، وفتح باب العناية: ٣/٣١٦.

(٤) ينظر: اللباب: ٣/٤٤٢ ـ ٤٤٣، وكنز الدقائق: ص٥٤٠.

(٥) ينظر: العناية: ٩/٤٩، والبناية: ١٠/٢٠٤، ونتائج الأفكار: ٩/٤٨.

(فَشَرْطُ) لإتمام العقد (الْقَبْضِ)؛ [أي: قبض][1] العاقدين (فِي الْعِوَضَيْنِ) في المجلس، وبعده بإذنه، وقبل القبض لا يُجبران على التسليم، ولا يملك الموهوب له [الموهوب، لكون كل[2] منهما هبة، (وَمَنْعُهَا الشُّيُوعَ فِي أَحَدِهِمَا)؛ أي: لو كان الموهوب][3] أو العوض مشاعاً يحتمل القسمة؛ لا تجوز الهبة رأساً، ولا تثبت الشفعة، وهذه كلها أحكام الهبة.

(بَيْعٌ انْتِهَاءٍ)؛ أي: لو تقابضا صح العقد، وصار ذلك في حكم البيع؛ لأنه مبادلة المال بالمال، (فَتَثْبُتُ الشُّفْعَةُ)[4] حينئذ لو كان عقاراً، (وَخِيَارُ الْعَيْبِ[5]، وَ)خيار (الشَّرْطِ[6]، وَ)خيار (الرُّؤْيَةِ[7] فِي كُلٍّ مِنْهُمَا)؛ أي: من العوضين الموهوب والمعوض به، ولو استحق أحدهما[8] رجع بعين الآخر إن كان قائماً، وبقيمته إن كان هالكاً، وهذه أحكام البيع[9]، وقال زفر والشافعي: ينعقد بيعاً ابتداءً وانتهاءً[10]؛ لأن العبرة للمعاني[11]

(١) سقط من: (أ) و(ب).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) من قوله: (الموهوب لكون) إلى قوله: (كان الموهوب) سقط من: (ب).
(٤) الشفعة: تملك العقار جبراً على المشتري بما قام عليه. ينظر: الاختيار: ١٠١/٣، وتكملة فتح القدير: ٣٩٦/٩.
(٥) ويقال له خيار النقيصة: وهو المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي، أو قضاء عرفي، أو تغرير. ينظر: فتح القدير: ٣٥٥/٦، وحاشية قليوبي: ٢٢٠/٢.
(٦) خيار الشرط: حق يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين أو كليهما يخول مشترطه فسخ العقد خلال مدة معلومة. ينظر: حاشية ابن عابدين: ٥٦٧/٤، والخيار وأثره في العقود: ص١٩٥.
(٧) خيار الرؤية: من اشترى شيئاً، فلم يره؛ فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء رده، ومن باع ما لم يره، فلا خيار له. ينظر: الهداية: ٣٤/٣.
(٨) في (ج): (بأحدهما).
(٩) ينظر: خلاصة الدلائل: ٥٣٤/١ ـ ٥٣٥، والمسائل البدرية المنتخبة: ٥٨٢/٢.
(١٠) في (ج): (أو انتهاء).
(١١) القاعدة الفقهية: معناها: أن الاعتداد في العقود من بيع وشراء ونكاح وإجارة وهبة وغيرها بمقاصد المتعاقدين لا بالألفاظ التي يستعملونها، إلا إذا تعذر إعمال النيات=

حتى يثبت المِلْك بمجرد العقد، ولا يبطلها الشيوع[(١)(٢)].

ولنا: إنه اشتمل على جهتين، فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين[(٣)].

❊ ❊ ❊

[فِي بَيَانِ أَحْكَامِ مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَة فِي الْهِبَة]

فصل في الاستثناء، والتعليق، والعمرى[(٤)]، والرقبى[(٥)]، والصدقة، (وَمَنْ وَهَبَ) لآخر (أَمَةً) حاملاً، فاستثنى حملها عن الهبة بقوله: وهبتك هذه الجارية (إِلَّا حَمْلَهَا، أَوْ) وهبتها (عَلَى) شرط (أَنْ يَرُدَّهَا) الموهوب له (عَلَيْهِ) بعد زمان، (أَوْ) على شرط أن (يُعْتِقَهَا أَوْ يَسْتَوْلِدَهَا)؛ أي: يجعلها أم ولد[(٦)]، [أو][(٧)] يكاتبها، أو غير ذلك من الشروط[(٨)]؛ (صَحَّتْ الْهِبَةُ)

= والمقاصد، فلا تهمل الألفاظ. ينظر: الأشباه والنظائر، للسبكي: ١/٣٤٧، وقواعد الحصني: ١/٣٦٩، ٣٨٧، والأشباه والنظائر، لابن نجيم: ٢٠٧.

(١) ينظر: خلاصة الفتاوى: ص٣٣٢، فتح باب العناية: ٣/٣١٦، وخلاصة الدلائل: ١/ ٥٣٥.

(٢) ينظر: جواهر العقود: ١/٣١٢، ومغني المحتاج: ٣/٥٦٣، ونهاية المطلب: ٨/٤٠٨، وأسنى المطالب: ٢/٤٠٨.

(٣) ينظر: فتح باب العناية: ٣/٣١٦، وخلاصة الدلائل: ١/ ٥٣٥.

(٤) العُمْرى في اصطلاح الفقهاء: هو هبة شيء مدة عمر الموهوب له، أو الواهب، بشرط الاسترداد بعد موت الموهوب له. ينظر: كتاب التعريفات: ص١١٢.

(٥) الرقبى في اصطلاح الفقهاء: هو نوع من العطية، وصورتها: أن يقول صاحب الدار ونحوها: أرقبتُك هذه الدار، أو هي لك حياتك، على أنك إن متّ قبلي عادت إليّ، وإنْ متُّ أنا قبلك فهي لك ولعقبك، فكأنه يقول: هي لأيّنا بقيَ بعد صاحبه، أو لآخرنا موتاً، وقد سُمّيت بذلك؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وينتظره. ينظر: طلبة الطلبة: ص٢٣٥، وحلية الفقهاء: ص١٥٣، والتعريفات الفقهية: ٣٠٨، والمغني: ٥/٦٢٤.

(٦) ينظر: خليج البحار: ص٤٠٣.

(٧) سقط من: (ج).

(٨) في (ج): (الشرط).

في الجميع[١]، (وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ) في الصورة الأولى، (وَ)بطل (الشَّرْطُ) في سائر الصور.

أما صحة الهبة؛ فلكونها صدرت من أهلها في محلها، وأما بطلان الاستثناء؛ فلأنه لا يعمل إلا في محل يصح فيه العقد، وعقد الهبة لا يصح في الحمل لكونه وصفاً لأمة، وإذا لم يصح استثناؤه صار ذكره شرطاً فاسداً[٢]، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وكذلك باقي الشروط المذكورة؛ لأنها تخالف مقتضى العقد، وهو ثبوت المِلْك مطلقاً، فكانت شروطاً فاسدة، والهبة[٣] لا تبطل بها، ألا يرى أنه ﷺ: «أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر»[٤]، بخلاف البيع حيث يبطل بالشرط الفاسد؛ لأنه ﷺ: «نهى عن بيع وشرط»[٥].

(وَكَذَا لَوْ وَهَبَ) لآخر (دَاراً عَلَى) شرط (أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ) الموهوب له (بَعْضَهَا، أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئاً مِنْهَا)، تصح الهبة، ويبطل الشرط لمخالفته

---

(١) في (ج): (الجمع).

(٢) الشرط الفاسد: هو كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه، وهو من أهل الاستحقاق، ولم يجرِ العرفُ به، ولم يرد الشرع بجوازه. ينظر: الهداية: ٤٨/٣، البحر والرائق: ٩٢/٦.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) رواه مسلم عن طريق أبي الزبير عن جابر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ، وَلَا تُفْسِدُوهَا، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى، فَهِيَ لِلَّذِي أَعْمَرَهَا حَيّاً وَمَيِّتاً، وَلِعَقِبِهِ». صحيح مسلم: ١١٤٦/٣، رقم الحديث (١٦٢٥)، كتاب: الهبات، باب: العمرى.

(٥) الحديث ضعفه كثير من الأئمة، وفي الصحيحين يعارضه حديث عائشة ﵂ أنها أرادت أن تشتري جاريةً تعتقها، فقال أهلها: نبيعكها على أن ولاءها لنا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» متفق عليه. صحيح البخاري: ١٥٥/٨، رقم الحديث (٦٧٥٧)، كتاب: الفرائض، باب: أسلم على يديه، صحيح مسلم: ١١٤١/٢، رقم الحديث (١٥٠٤)، كتاب: العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق، وينظر في حديث «نهى عن بيع وشرط». المعجم الأوسط، للطبراني: ٣٣٥/٤، ومعرفة علوم الحديث، للحاكم: ١٨٦، التحقيق: ١٧٦/٢، وتنقيح التحقيق: ٣٨/٤، ومجمع الزوائد: ١٥٢/٤، وميزان الاعتدال: ٢٦٥/٤.

مقتضى العقد، ولكونه فاسداً لا يعمل في بطلان الهبة.

(وَلَوْ دَبَّرَ الْحَمْلَ، ثُمَّ وَهَبَهَا)؛ أي: الأمة، (فَالْهِبَةُ بَاطِلَةٌ)؛ يعني: لو جعل حمل أمته مدبراً[(١)]، ثم وهب الأم لا تجوز هذه الهبة؛ لأن المدبر باقٍ على مِلْك المولى ما دام حياً، فلم يكن شبيهاً بالاستثناء لعدم جواز الهبة، ولا تصح الهبة في أمة وهو متصل خلقة بها؛ لأن ذلك إما هبة المشاع أو هبة شيء مشغول بمِلْك المالك[(٢)]، وكلاهما غير جائز (بِخِلَافِ مَا لَوْ أَعْتَقَهُ)؛ أي: الحَمْل، (ثُمَّ وَهَبَهَا) فإنه تجوز هبة الأم؛ لأنه بالعتق خرج على مِلْك الواهب، فلم يلزم شيء مما ذكر وصار شبيه الاستثناء.

(وَمَنْ قَالَ لِمَدْيُونِهِ: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَالدَّيْنُ لَك، أَوْ فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنْهُ، أَوْ) قال: ([إِنْ][(٣)] أَدَّيْت إِلَيَّ نِصْفَهُ؛ فَالْبَاقِي لَك، أَوْ فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنْهُ)؛ أي: من الباقي، (فَهُوَ)؛ أي: كل واحد من هذه الأقاويل (بَاطِلٌ)؛ لأن هذا التعليق غير جائز؛ وذلك لأن الإبراء تمليك من وجه، وإسقاط من وجه، وهبة الدَّين ممن عليه الدَّين يشتمل على الوجهين؛ لأن الدَّين حال قيامه وَصْفٌ في الذمة، فإبراؤه بهذا الاعتبار إسقاط، وبالنظر إلى أدائه مال، وإبراؤه بهذا الاعتبار تمليك، والتعليق بالشروط إنما يجزئ فيما هو إسقاط محض كالطلاق والعتاق.

(وَالْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعْمَرِ) باللفظ المفعول (حَالَ حَيَاتِهِ وَلِوَرَثَتِهِ)؛ [أي: لورثة][(٤)] المعمر، (بَعْدَهُ)؛ أي: بعد موته ينتقل إلى ورثته بالإرث كسائر متروكاته[(٥)]، (وَهِيَ)؛ أي: العمرى في العُرف: (أَنْ يَجْعَلَ) المعمر (دَارَهُ) مثلاً مِلْكاً على سبيل الهبة (لَهُ)؛ أي: للمعمر (مُدَّةَ عُمْرِهِ)؛

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص٤٠٣.
(٢) ينظر: الجوهرة النيرة: ٣٣٦/١، وفتح باب العناية: ٣١٦/٣.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: بداية المبتدي: ١٨٥/١، والعناية: ٥٥/٩، واللباب: ٤٤٤/٣.

أي: عمر المعمر، (فَإِذَا مَاتَ) المعمر (رُدَّتْ إِلَيْهِ)؛ أي: إلى المالك، فيصح التمليك ويبطل الشرط، وقد كان هذا قبل الإسلام، يقول الرَّجل للآخر: أعمرتك داري كذا، فيقبل الآخر، وتكون الدار له مدة عمره، فإذا مات ردت إلى المالك أو إلى ورثته، فقرر النبي ﷺ العطاء ومنع الرد[1].

(وَالرُّقْبَى) في اللغة: اسم من الرقوب، وهو الانتظار كأنه ينتظر موته[2]، [وهي][3] (بَاطِلَةٌ) عند أبي حنيفة ومحمد، (فَإِنْ قَبَضَهَا) الآخر من المالك كانت عارية (فِي يَدِهِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: تَصِحُّ كَالْعُمْرَى، وَهِيَ)؛ أي: الرقبى في العُرف، (أَنْ يَقُولَ) مالك الدار للآخر: داري لك رقبى (إِنْ مِتُّ قَبْلَكَ؛ فَلَكَ ذَلِكَ، وَإِنْ مِتَّ) أنت (قَبْلِي)؛ فهي (لِي)، لهما: إن قوله: إنْ مت قبلك فلك وإن مت قبلي فلي، تعليق التمليك بالخطر[4]، وذلك [غير][5] صحيح، لكن لو قبضها الآخر تكون[6] عارية في يده؛ لأن قول المالك يقتضي إطلاق الانتفاع بها، والعارية كذلك، ولأبي يوسف: إن قوله: داري لك تمليك للحال، وقوله: (رقبى) شرط فاسد، فتصح الهبة، ويبطل الشرط كما في العمرى[7].

(وَالصَّدَقَةُ كَالْهِبَةِ) في جميع أحكامها؛ لأنها تبرع مثلها، فحينئذ

---

(١) هذا الحديث يشير إلى نحو ما صح عن جابر ﷺ قال: قضى النبي ﷺ «بِالْعُمْرَى أَنَّهَا لِمَنْ وُهِبَتْ لَهُ» صحيح البخاري: ٣٩٩/٩، رقم الحديث (٢٦٢٥)، كتاب الهبة، باب ما قيل في العمرى والرقبى، وقوله ﷺ: «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ، وَلَا تُفْسِدُوهَا، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى؛ فَهِيَ لِلَّذِي أُعْمِرَهَا حَيّاً وَمَيِّتاً، وَلِعَقِبِهِ». صحيح مسلم: ٦٧/٥، رقم الحديث (٤٢٨٣)، كتاب: الهبات، باب: العمرى.

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة: ٣٩٦، المصباح: ٢٧٨/١.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) ينظر: الأصل: ٣٩٦/٣، اللباب: ٤٤٤/٣ ـ ٤٤٥.

(٥) سقط من: (ج).

(٦) في (ج): (يكون).

(٧) ينظر: الاختيار: ٥٤٧/٢، واللباب: ٤٤٥/٣.

(لَا تَصِحُّ) الصدقة (بِدُونِ الْقَبْضِ) في المجلس أو بعده بإذنه؛ لقوله ﷺ: «لا تجوز صدقة إلا مقبوضة»[(١)]، (وَلَا) تصح الصدقة أيضاً في مشاع [أ/٣٤٤] (يُقَسَّمُ)؛ [أي: الذي يقبل القسمة][(٢)]؛ لانعدام تمام القبض، إلا أن يعزله المتصدق ويسلمه، ويفهم منه أنها تجوز فيما لا يحتمل القسمة إذا سلمه بالوجه الذي يليق به.

(وَلَا رُجُوعَ فِيهَا وَلَوْ لِغَنِيٍّ) اللام فيه بمعنى على؛ أي: لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد صحتها وتسليمها؛ لأن المقصود بها الثواب، وهو قد حصل سواء كانت على الفقير أو على الغني لا رجوع فيها، والأول قياساً، والثاني استحساناً؛ لأن الثواب كما يقصد بالصدقة على الفقير، كذلك يقصد بالصدقة على الغني[(٣)]، وقد ورد في ذلك أخبار يعرفها الأخيار[(٤)].

(وَلَا) رجوع أيضاً (فِي الْهِبَةِ لِفَقِيرٍ)؛ لأن المقصود به الثواب، وقد

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه، عن الثوري، عن منصور، عن إبراهيم قال: «الْهِبَةُ لَا تَجُوزُ حَتَّى تُقْبَضَ، وَالصَّدَقَةُ تَجُوزُ قَبْلَ أَنْ تُقْبَضَ» وأبو يوسف في الآثار عن أبي حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم أنه قال في الهبة والصدقة: «لَا تَجُوزُ إِلَّا مَقْبُوضَةً مَعْلُومَةً». وقال الزيلعي: غريب. ينظر: مصنف عبد الرزاق: ١٠٧/٩، الآثار لأبي يوسف: ص١٦٣، نصب الراية: ٢٩٩/٤.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) ينظر: الهداية: ٢٥٨/٢، وتبيين الحقائق: ١٠٤/٥، والبناية: ٢١٧/١٠.

(٤) ومن هذه الأخبار ما في مسلم: عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: «قَالَ رَجُلٌ لأَتَصَدَّقَنَّ اللَّيْلَةَ بِصَدَقَةٍ، فَخَرَجَ بِصَدَقَتِهِ، فَوَضَعَهَا فِي يَدِ زَانِيَةٍ، فَأَصْبَحُوا يَتَحَدَّثُونَ: تُصُدِّقَ اللَّيْلَةَ عَلَى زَانِيَةٍ، قَالَ: اللَّهُمَّ لَكَ الْحَمْدُ عَلَى زَانِيَةٍ، لأَتَصَدَّقَنَّ بِصَدَقَةٍ، فَخَرَجَ بِصَدَقَتِهِ فَوَضَعَهَا فِي يَدِ غَنِيٍّ، فَأَصْبَحُوا يَتَحَدَّثُونَ: تُصُدِّقَ عَلَى غَنِيٍّ، قَالَ: اللَّهُمَّ لَكَ الْحَمْدُ عَلَى غَنِيٍّ، لأَتَصَدَّقَنَّ بِصَدَقَةٍ، فَخَرَجَ بِصَدَقَتِهِ فَوَضَعَهَا فِي يَدِ سَارِقٍ، فَأَصْبَحُوا يَتَحَدَّثُونَ: تُصُدِّقَ عَلَى سَارِقٍ، فَقَالَ: اللَّهُمَّ لَكَ الْحَمْدُ عَلَى زَانِيَةٍ، وَعَلَى غَنِيٍّ، وَعَلَى سَارِقٍ!؟ فَأُتِيَ فَقِيلَ لَهُ: أَمَّا صَدَقَتُكَ فَقَدْ قُبِلَتْ، أَمَّا الزَّانِيَةُ فَلَعَلَّهَا تَسْتَعِفُّ بِهَا عَنْ زِنَاهَا، وَلَعَلَّ الْغَنِيَّ يَعْتَبِرُ فَيُنْفِقُ مِمَّا أَعْطَاهُ اللَّهُ، وَلَعَلَّ السَّارِقَ يَسْتَعِفُّ بِهَا عَنْ سَرِقَتِهِ». صحيح مسلم: ٨٩/٣، رقم الحديث (٢٤٠٩)، كتاب الزكاة، باب ثبوت أجر المتصدق وإن وقعت الصدقة في يد غير أهلها.

حصل[(١)]، [أقول: وهذا أيضاً من موانع الرجوع في الهبة، فكان ينبغي ذكره معها، والظاهر أن تأخيره إلى هذا المحل وإفراده عما سبق من الموانع لمناسبته بالصدقة، لكن هذا المقصود كان يحصل بالتشبيه نحو أن يقال كما في الهبة للفقير][(٢)].

(ولَوْ قَالَ: جَمِيعُ مَالِي أَوْ مَا أَمْلِكُهُ لِفُلَانٍ؛ فَهُوَ هِبَةٌ) منه لفلان، (وَإِنْ قَالَ: مَا يُنْسَبُ إِلَيَّ أَوْ مَا يَعْرِفُ لِي) لفلان؛ (فَإِقْرَارٌ) به لفلان، والفرق: أن في الأول أضاف المِلْك إلى نَفْسه، والهبة هي بذل ما يملكه للموهوب له، وفي الثاني لم يتعرض لإسناد المِلْك إلى نَفْسه، فكان إقراراً؛ لأنه إخبار بحق للغير عنده[(٣)].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) ينظر: العناية: ٥٦/٩، الجوهرة النيرة: ٣٣٢/١.

(٢) من قوله: (أقول: وهذا أيضاً) إلى قوله: (كما في الهبة للفقير)، سقط من: (ج).

(٣) ينظر: مختصر القدوري: ص١٩٣، نتائج الأفكار: ٥٧/٩.

كتاب الإجارة

هي لغة: فعالة من أَجَرَ يأْجُر، من باب طَلَبَ وضَرَبَ: اسم للأجرة، وهي ما يعطى من كَرْي الأرض، وأجرته إيجاراً، فهو مؤجر، وأجرته على وزن[١] فاعلته، فهو مؤاجر[٢].

وشرعاً: (هِيَ بَيْعُ مَنْفَعَةٍ) احتراز عن [بيع][٣] العين (مَعْلُومَةٍ) قَدْراً أو جنساً (بِعِوَضٍ مَعْلُومٍ)[٤]، احتراز عن العارية، ووجه إطلاق البيع عليها: باعتبار بذل العوض في مقابلتها (دَيْنٍ) كالنقود والمكيل والموزون، (أَوْ عَيْنٍ) كالثياب والدواب، فالمستأجر بمثابة المبيع، والعوض بمنزلة الثمن، وإنما شرط كون المنفعة والبدل معلومين[٥] عملاً بقوله ﷺ: «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً؛ فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ»[٦]؛ ولأن الجهالة فيهما أو في أحدهما تُوجب المنازعة كما في البيع.

---

(١) سقط من: (أ) و(ب).

(٢) ينظر: المغرب: ٢٨/١، ومعجم لغة الفقهاء: ٤٢/١.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) ينظر: المبسوط: ٨٢/١٥، وتبيين الحقائق: ١٠٥/٥، والبحر الرائق: ٥٠٦/٧.

(٥) ينظر: الاختيار: ١٢١/٢.

(٦) رواه النسائي، وعبد الرزاق في مصنفه، وقال البيهقي: ضعيف عن ابن مسعود ﷺ، وهو مرسل بين إبراهيم وأبي سعيد، وكذلك رواه معمر عن حماد بن أبي سليمان مرسلاً، قال أبو زرعة: الموقوف هو الصحيح. انتهى، وإبراهيم النخعي لم يدرك أبا سعيد ولا أبا هريرة ﷺ؛ أي: لم يسمع، وقال الهيثمي: رواه النسائي موقوفاً.=

ولهذا قال: وكل (وَمَا صَلَحَ) [أن يكون][1] (ثَمَناً) [في البيع][2] (صَلَحَ) أن يكون (أُجْرَةً)، كالدراهم والدنانير والموزون والمكيل؛ لأن الأجرة ثمن المنفعة، فتُعتبر بثمن المبيع، وهذا صحيح طرداً، لكنه لا ينعكس، فإن الأعيان التي لا تصلح أن تكون ثمناً مطلقاً يجوز أن تكون أجرة، فلو اقتصر على قوله: (دين أو عين)؛ لكان أولى[3].

(وَتَفْسُدُ) الإجارة (بِالشُّرُوطِ) المفسدة، (وَيَثْبُتُ فِيهَا خِيَارُ الشَّرْطِ، وَ) خيار (الرُّؤْيَةِ، وَ) خيار (الْعَيْبِ، وَتُقَالُ)؛ أي: تصح فيها الإقالة[4].

وَتُفْسَخُ بالفساد ما يوجب الفسخ كالعيب[5]، وكما لو استأجر حانوتاً ليتجر فيه فافتقر، أو استأجر دابة ليُسافر عليها، ثم بدا له مانع عن السفر، وكما لو أجر عقاره، ثم لزمه دَين، وليس له مال سواه، والدائن يطلب حقه، فتفسخ الإجارة بهذه الأعذار.

(وَالْمَنْفَعَةُ تُعْلَمُ تَارَةً بِبَيَانِ الْمُدَّةِ)؛ أي: مدة الاستئجار، لما كانت الإجارة بيع منفعة معلومة، والمنفعة حين العقد معدومة لزم بيان كونها معلومة فشرع فيه، فمن ذلك بيان المدة (كَالسُّكْنَى وَالزِّرَاعَةِ) فيه تقدير، والمعنى كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة[6].

(فَتَصِحُّ مُدَّةً مَعْلُومَةً أَيَّ مُدَّة كَانَتْ) فالسكنى هي[7] منفعة الدار، والزراعة هي منفعة الأرض، وتصير معلومة بتعيين مدتها؛ لأنها إذا كانت

= ينظر: السنن الكبرى، للنسائي: ٤/٤٢٠، ومصنف عبد الرزاق: ٨/ ٢٣٥، والسنن الكبرى، للبيهقي: ٦/٢٠٠، والبدر المنير: ٧/٣٨، ومجمع الزوائد: ٤/٩٧.

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الاختيار: ٢/١٢٢.
(٤) الإقالة: عبارة عن رفع العقد. ينظر: بدائع الصنائع: ٥/٣٠٦، والجوهرة النيرة: ١/٢٠٧، والبحر الرائق: ٦/١١٠.
(٥) ينظر: الاختيار: ٢/١٢٣.
(٦) ينظر: خلاصة الدلائل: ١/٤٣١، والتسهيل الضروري: ١/٢٥٥.
(٧) سقط من: (أ) و(ب).

معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوماً إذا كانت لا تتفاوت وإطلاق المدة؛ أعني: جواز كونها طويلة أو قصيرة إنما هو في غير الوقف[(١)]، (وَفِي الْوَقْفِ يَتْبَعُ شَرْطَ الْوَاقِفِ) إن كان؛ لأن شرط الواقف كنص الشارع[(٢)]؛ ولأن الواقف إنما أخرج الموقوف عن مِلْك نفسه بشرط معلوم، فلا بدَّ أن يتقيد به، (فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ) الواقف مدة في صكه، فالمتقدمون من أصحابنا قالوا: يجوز إجارة إلى أي مدة كانت، اعتباراً بالمِلْك[(٣)]، والمتأخرون قالوا: إذا لم يُعين الواقف لإجارة أوقافه[(٤)]؛ (فَالْفَتْوَى أَنْ لَا يُزَادَ فِي) إجارة (الْأَرَاضِي) الموقوفة (عَلَى ثَلَاثِ سِنِينَ)، كيلا يدعي المستأجر مِلْكيتها بطول التصرف، (وَفِي غَيْرِهَا)؛ أي: [في][(٥)] غير الأراضي من عقارات الوقف[(٦)]، كالدار والدكان والفتوى على أن لا تزاد مدة الإجارة فيها (عَلَى سَنَةٍ) هذا [هو][(٧)] المختار؛ إذ لا يرغب الناس في استئجار الأراضي، والعقارات بأقل منها.

(وَتَارَةً تُعْلَمُ) المنفعة (بِذِكْرِ الْعَمَلِ) إذا كانت مما لا يحتاج إلى ضرب المدة، (كَصَبْغِ الثَّوْب) بلون معلوم (وَخِيَاطَتِهِ) على وجه معروف، (وَحَمْلِ قَدْرٍ مَعْلُوم) كيلاً أو وزناً، أو ركوب شخص مخصوص (عَلَى دَابَّةٍ مَسَافَةً) نصب على الظرف، والعامل فيه (حمل) (مَعْلُومَةً)؛ لأنه إذا بين الثوب ـ بأنه من القطن، أو غيره، وبين لون الصبغ بكونه أحمر أو أصفر

---

(١) ينظر: مختصر القدوري: ص١٥٢، وكنز الدقائق: ص٥٤٣.

(٢) وهي قاعدة فقهية، ومعنى القاعدة: هو الحابس لعين على حكم مُلْك الله تعالى، والوقف هو الحبس، والمراد بشرط الوقف: ما تكلم به لا ما كتب في صك الوقف، يشترط فيه إقامة البينة عليه. ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٢٧٥.

(٣) ينظر: الهداية: ٢/٢٦٠.

(٤) ينظر: البحر الرائق: ٧/٢٩٩.

(٥) سقط من: (ج).

(٦) في (أ): (الواقف).

(٧) سقط من: (أ).

أو غير ذلك، [وقدره؛ أي: [قَدْر][١] الصبغ بكونه يعم الثوب كله، أو يخص موضعاً منه، وجنس الخياطة: بأنها فارسية أو رومية أو غير ذلك][٢]، والقَدْر المحمول: بأنه [كم قفيز[٣] أو][٤] كم رطل[٥]؟ وجنسه: بأنه حنطة أو شعير أو ملح أو نحوه، والمسافة: بأنها من البصرة إلى الكوفة أو غيرهما، فبذلك البيان على الوجوه المذكورة تصير المنفعة معلومة، فيصح العقد.

(وَتَارَةً) تعلم المنفعة (بِالْإِشَارَةِ) والتعيين، (كَنَقْلِ هَذَا إِلَى مَوْضِعِ كَذَا)؛ يعني: لو استأجر رَجلاً بكذا درهماً على أن ينقل له هذا الحمل طعاماً أو غيره من هذا الموضع إلى مكان كذا، فبالإشارة إلى المحمول ومعرفة الموضع الذي ينقل إليه ذلك تصير المنفعة معلومة، فيصح العقد، (وَالْأُجْرَةُ لَا تُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ)[٦]، وقال الشافعي: تُملك بنَفْس العقد[٧].

له: إن المنافع المعدومة قد صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد، فيثبت الحكم فيما يقابلها؛ أعني: البدل[٨]، ولنا: قوله ﷺ: «أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»[٩]، وهذا يقتضي الوجوب بعد الفراغ من العمل؛ لأن العَرَق إنما يوجب من العمل، ولو وجبت بنَفْس العقد لم يجز تأخيرها إلا برضاء الأجير، ولو كان كذلك لبينه الشارع ﷺ.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) من قوله: (وقدره؛ أي: قدر) إلى قوله: (أو غير ذلك) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: خليج البحار: ص١٠٧٣.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: خليج البحار: ص٨٤٦.
(٦) ينظر: الاختيار: ١٢٤/٢، وفتح باب العناية: ٣٢٢/٣.
(٧) ينظر: العزيز شرح الوجيز: ٥٥٩/٢، وحاشيتا قليوبي وعميرة: ٦٩/٣.
(٨) ينظر: المصدر السابق.
(٩) رواه ابن ماجه، وقال البيهقي: روي عن أبي هريرة ﷺ مرفوعاً، وقال الزيلعي: وهو معلول بعبد الرحمٰن بن زيد، وفي الحلية قال: غريب لم نكتبه إلا من هذا الوجه. ينظر: سنن ابن ماجه: ٥١٠/٣، والسنن الكبرى، للبيهقي: ١٩٩/٦، وحلية الأولياء: ١٤٢/٧، ونصب الراية: ٣١٣/٤.

(بَلْ) إنما تستحق الأجرة (بِالتَّعْجِيلِ) من طرف المستأجر من غير شرط، فإذا عجلها لا يكون له استرداد؛ لسقوط حقه في التأخير (أَوْ بِشَرْطِهِ)؛ أي: بشرط التعجيل؛ يعني: إذا شرط تعجيل الأجرة يستحق معجله[1]، (أَوْ بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، أَوْ التَّمَكُّنِ مِنْهُ)؛ أي: من المعقود وعليه، وفرع على هذا بقوله: (فَتَجِبُ) الأجرة (لَوْ قَبَضَ الدَّارَ) المستأجر، (وَ) لكنه (لَمْ يَسْكُنْهَا حَتَّى مَضَت الْمُدَّةُ)؛ لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور، فأقمنا تسليم المحل مقامه؛ ليتمكن من الانتفاع، فإذا[2] أهمل الانتفاع ومضت المدة؛ وجب الأجر؛ لأن التمكن من الانتفاع بمنزلة الانتفاع [أ/٣٤٥]، ولما[3] أهمله مع التمكن منه لم يكن معذوراً فيه، [أما][4] لو كان عدم الانتفاع لمانع ليس من قبله كان معذوراً فيه، فلا يلزمه الأجرة كما قال المصنِّف.

(وَتَسْقُطُ بِالْغَصْبِ)؛ أي: لو غصب الدار المستأجرة غاصب من يد المستأجر؛ سقطت الأجرة عنه؛ لأن تسليم المحل إنما أُقيم مقام تسليم المنفعة؛ للتمكين من الانتفاع، فإذا فات التمكين فات حكم التسليم، فانفسخ العقد[5]، (بِقَدْرِ فَوْتِ التَّمَكُّنِ)؛ يعني: إن كان الغصب في جميع المدة سقط جميع الأجر، وإن كان في بعضها سقط من الأجرة بحسابه.

لأن السقوط بقَدْر المسقط[6]، فيكون الانفساخ على حسب الامتناع من الانتفاع، [وكلامه يُشعر بأنه لا ينفسخ العقد، وهو رواية الإمام الفضلي][7][8].

---

(١) ينظر: مجمع البحرين: ص٣٧١.
(٢) في (أ): (إذا).
(٣) في (أ): (ولا).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) ينظر: الهداية: ٢٦١/٢، وفتح باب العناية: ٣٢٣/٣.
(٦) في (أ): (السقط).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) الإمام الفضلي: هو فقيه، محدث، أبو الفضل أحمد بن محمد بن الحسين بن=

(وَلِرَبِّ الدَّارِ وَالْأَرْضِ) المستأجرتين (طَلَبُ الْأَجْرِ) من المستأجر (لِكُلِّ يَوْمٍ)، وكذا سائر العقارات المستأجرة؛ لأن انتفاع المستأجر بالمستأجَر كل يوم منفعة مقصودة، فللمالك أن ينتفع بما يقابلها من الأجرة تحقيقاً للمساواة بين العوضين، إلا أن يبين وقت الاستحقاق في العقد؛ لأنه بمنزلة التأجيل، (وَلِرَبِّ الدَّابَّةِ) المستأجرة أن يطلب الأجر (لِكُلِّ مَرْحَلَةٍ) استحساناً، والقياس: أن يطلب في كل ساعة بحسابه تحقيقاً للمساواة، ـ كما عرفت ـ لكنه يُفضي[(١)] إلى الحرج؛ إذ لا تعلم حصة إلا بمشقة، فقدرنا اليوم والمرحلة[(٢)] تيسيراً، (وَلِلْقَصَّارِ وَالْخَيَّاطِ) طلب أجرة (بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْ عَمَلِهِ)[(٣)]؛ لأن العمل في البعض غير منتفع به، فلا يستوجب [به][(٤)] الأجر، إلا أن يشترط له التعجيل.

(وَإِنْ) ـ وصلية ـ (عَمِلَ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ) إنما قال هذا؛ لأنه إذا عمل في بيت المستأجر، فسرق الثوب بعد ما خاط بعضه؛ فله الأجرة بقَدْر ما خاطه، فكان هذا مظنة أن يتوهم أن الأجرة تجب بقَدْر العمل إذا كان في بيت المستأجر مطلقاً، فدفعه[(٥)] بما ذكر.

ووجه الفرق: أنه بالسرقة انتهى عمله على البعض، وهو معلوم بالنسبة إلى الكل، فيجب أجر ما عمل، بخلاف ما إذا لم ينتهِ العمل على البعض، فإنه لا يمكن أن يطلب الأجرة بكل عمل قليل ولا تقدير للأبعاض، فيتوقف الطلب على كل العمل.

= داود بن علي بن عيسى بن محمد بن القاسم بن الحسن بن زيد بن الحسن بن علي بن أبي طالب، سمع الحديث بنيسابور والعراق ومكة، (ت٤٤٨هـ). ينظر: المنتخب من كتاب السياق في تاريخ نيسابور: ١٠٠، والجواهر المضية: ٢٦٦/١.

(١) في (أ): (يقضي).

(٢) في (ب): (الرحلة).

(٣) ينظر: الاختيار: ١٢٤/٢، اللباب: ٢١٧/٣.

(٤) سقط من: (أ).

(٥) في (أ) و(ج): (فرفعة).

(وَلِلْخَبَّازِ بَعْدَ إِخْرَاجِ الْخُبْزِ)؛ أي: لو أستأجر خبازاً ليخبز له قفيزاً من دقيق بدرهم[(١)] ـ مثلاً ـ، فالخباز لا يستحق الأجر حتى يخرج الخبز؛ لأن تمام العمل بإخراج الخبز من المخبز تنوراً كان أو غيره، (فَإِن احْتَرَقَ) الخبز؛ يعني: من غير فعله (قَبْلَ الْإِخْرَاجِ سَقَطَ الْأَجْرُ) عن المستأجر؛ للهلاك قبل التسليم، (وَإِنْ) كان الاحتراق (بَعْدَهُ)؛ أي: بعد الإخراج من التنور بغير فعله؛ (فَلَا) يسقط أجره بل يكون له الأجر (إِنْ) كان ذلك (فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ)؛ لأنه صار مسلماً بالوضع في بيت المستأجر، (وَلَا ضَمَانَ) على الخباز؛ لأنه لم يوجد منه جناية، وهذا عند أبي حنيفة، (وَقَالَا: إِنْ شَاءَ الْمُسْتَأْجِرُ ضَمَّنَهُ)؛ أي: الخباز (مِثْلَ دَقِيقِهِ) ولا أجر له (وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ) قيمة (الْخُبْزَ وَلَهُ)؛ أي: للخباز (الْأَجْرُ)؛ لأنه مضمون عليه، فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم، ولم يوجد.

(وَلِلطَّبَّاخِ لِلْوَلِيمَةِ)، وهي طعام العرس، (بَعْدَ الْغَرْفِ) بفتح الغين[(٢)] المعجمة مصدر؛ أي: له طلب الأجرة بعد إخراج المرقة من القدور إلى القصاع، والمرجع في ذلك العرف، ولم يذكر المصنِّف ما هو لغير الوليمة إما لندرته؛ أو لأن الغرف ليس بلازم عليه[(٣)].

(وَلِضَارِبِ اللَّبِنِ) بفتح اللام وكسر الباء، وجاز فتح اللام وكسرها مع سكون الباء، (بَعْدَ إِقَامَتِهِ)؛ أي: إقامة اللبن من الأرض؛ يعني: تسويته بعد الجفاف، وهذا عند أبي حنيفة (وَقَالَا): إنما يستحق ضارب اللبن الأجرة (بَعْدَ تَشْرِيجِهِ)، ـ وهي بالشين المعجمة والجيم ـ تنضيده ووضعه بعضه على بعض[(٤)]؛ وذلك لأن التشريج من تمام عمله؛ إذ[(٥)] لا يؤمن عليه من الفساد

---

(١) في (أ) و(ب): (درهم).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: اللباب: ٢٣٦/٣، فتح باب العناية: ٣٢٤/٣.
(٤) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: ٢٤٣/٧، تاج العروس: ٢٨/٦.
(٥) في (ج): (أو).

قبله، فصار كإخراج الخبز من التنور، ولأبي حنيفة: إن العمل تم بالإقامة، والتشريح عمل زائد، كالنقل له من موضعه إلى آخر[(١)].

(وَمَنْ) كان (لِعَمَلِهِ أَثَرٌ) قائم (فِي الْعَيْنِ كَصَبَّاغٍ) يستأجر لصبغ الثوب، (وَقَصَّارٍ يَقْصُرُ بِالنَّشَا) وهو بالقصر النشاء نسج فارسي معرب حذف شطره[(٢)] (وَالْبَيْضِ؛ فَلَهُ)؛ أي: للصانع، (حَبْسُهَا)؛ أي: حبس العين التي صبغها أو قصرها على الوجه المذكور، (لِلْأَجْرِ)؛ أي: له أن يحبسها حتى يستوفي أجر عمله [فيها؛ لأن عمله][(٣)] الذي استؤجر[(٤)] عليه وصف قائم في الثوب، وهو مال، فله حق الحبس لأجل استيفاء البدل، كما أن للبائع [حبس المبيع، فإن حبسها؛ أي: لو][(٥)] حبس الصانع العين لاستيفاء حقه، (فَضَاعَتْ) العين، (فَلَا ضَمَانَ) عليه، (وَلَا أَجْرَ) له عند أبي حنيفة، أما الأول؛ فلأنه إنما حبس بحق، فهو ليس بمتعد، فلا يضمن؛ لأنه بقي أمانة عنده كما كان قبل الحبس، وأما الثاني؛ فلأن المعقود عليه هلكه قبل التسليم[(٦)]، (وَقَالَا: إنْ شَاءَ الْمَالِكُ ضَمِنَهُ مَصْبُوغاً، وَلَهُ الْأَجْرُ، أَوْ غَيْرَ مَصْبُوغٍ، وَلَا أَجْرَ لَهُ)، وكذلك صاحب الثوب المقصور إن شاء ضمن قيمة الثوب بعد القصر، وحينئذ للقصار الأجر، وإن شاء غير مقصور ولا أجر، أما الضمان؛ فلأن الثوب كان مضموناً قبل الحبس، فكذا بعده[(٧)].

(وَمَنْ لَا أَثَرَ لِعَمَلِهِ فِيهَا)؛ أي: في العين، (كَالْحَمَّالِ) بالحاء المهملة وهو الأول أو بالجيم[(٨)]، وأيّاً ما كان، فهو الذي ينقل

---

(١) ينظر: الاختيار: ١٣٥/٢، اللباب: ٢٣٦/٣.
(٢) ينظر: تهذيب اللغة: ٢٨٠/٢، الصحاح تاج اللغة: ٧٩٤/٢، طلبة الطلبة: ص١٢٨.
(٣) سقط من: (أ) و(ب).
(٤) في (أ) و(ب): (أستأجر).
(٥) سقط من: (أ) و(ب).
(٦) ينظر: البناية: ٢٤٢/١٠، والعناية: ٧٧/٩.
(٧) ينظر: خلاصة الدلائل: ٤٣٥/١، ونتائج الأفكار: ٧٨/٩.
(٨) في (ج): (الجيم).

الأثقال(١) من مكان إلى آخر إما على ظهره أو على دابته(٢)، (وَالْمَلَّاحِ)، وهو صاحب السفينة، (وَغَاسِلِ الثَّوْبِ) وبالجملة من ليس لعمله(٣) أثر ظاهر في العين (لَيْسَ لَهُ حَبْسُهَا)؛ أي: العين التي عمل فيها؛ لأن المعقود عليه نَفْس العمل، وهو غير موجود، فليس [له](٤) ولاية الحبس على الأجرة.

(بِخِلَافِ رَادِّ الْآبِقِ)(٥) فإن له حق الحبس استيفاء جعله، ولا أثر لعمله في العبد؛ وذلك لأن العبد كان على شرف الهلاك، فكأنه أحياه، وباع من المالك بالجعل، [وقال زفر: ليس له حق الحبس سواء كان لعمله أثر أم لا](٦)(٧).

(وَإِذَا أَطْلَقَ الْعَمَلَ لِلصَّانِعِ) بأن لم يقيد(٨) بكونه بيده أو نَفْسه، فلو قال: استأجرتك لتخيط ثوباً، كان عمل الخياطة مطلقاً عُرفاً، وإن قيد بنسبته(٩) إلى المخاطب؛ (فَلَهُ)؛ أي: للصانع، (أَنْ يَسْتَعْمِلَ غَيْرَهُ)؛ أي: غير الصانع لذلك العمل؛ لأن المستحق عليه عمل في ذمته، ويمكن إيجاره بنفسه، وبالاستعانة بغيره، فصار كإيفاء الدَّين، (وَإِنْ قَيَّدَهُ بِعَمَلِهِ بِنَفْسِهِ) بأن يقول: لتخيطه أنت؛ (فَلَا)؛ أي: ليس له أن يستعمل لذلك العمل غيره(١٠)؛ لأن المعقود عليه هو العمل في محل بعينه، فيستحق

---

(١) في (ج): (الانتقال).

(٢) ينظر: العين: ٣/٣٤١، والمحكم والمحيط الأعظم: ٣/٣٧٠.

(٣) في (ج): (بعمله).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) الآبق: هو هروب العبد من سيده. ينظر: المصباح المنير: ١/٢، والتعريفات: ص٧، وأنيس الفقهاء: ص٦٨.

(٦) سقط من: (ج).

(٧) ينظر: الاختيار: ٢/١٣٠.

(٨) في (ج): (يتقييد).

(٩) في (أ): (بنسبة).

(١٠) في (ج): (لغيره).

عينه؛ لأن العمل يختلف باختلاف الصانع جودة ورداءة، فكان الشرط مفيداً، فيتعين كما تتعين المنفعة في محل بعينه، فافترقا.

(وَمَن اسْتَأْجَرَهُ رَجُلٌ لِيَجِيءَ بِعِيَالِهِ) وهم معلومون على ما في الكافي والهداية[(١)]، كمن[(٢)] استأجر من البصرة إلى بغداد[(٣)] - مثلاً - (فَوَجَدَ بَعْضَهُمْ)؛ أي: بعض العيال (قَدْ مَاتَ، فَأَتَى) الأجير (بِمَنْ بَقِيَ) منه؛ (فَلَهُ أَجْرُهُ)؛ أي: أجر ذلك الأجير (بِحِسَابِهِ)؛ أي: حساب بقي؛ لأنه أوْفى بعض المعقود عليه، فيستحق العوض بقَدْره، قال شارح الكنز[(٤)]: [أ/٣٤٦] هذا ظاهر الرواية.

وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني[(٥)]: أن هذا إذا قلَّتْ مؤنة البعض عن مؤنة الكل أما لو استوت مؤنتهما بأن مات الكبار مثلاً؛ فله كل الأجر، لكن في الكفاية قد قيد كلام الهداية بما ذكره الفقيه أبو جعفر.

(وَإِن اسْتُؤْجِرَ لِإِيصَالِ طَعَامٍ) ونحوه مما له حمل ومؤنة (إِلَى زَيْدٍ) في الكوفة مثلاً، فذهب بالطعام إلى زيد (فَوَجَدَهُ مَيِّتاً فَرَدَّهُ)؛ أي: الطعام، (فَلَا أَجْرَ لَهُ) في قولهم جميعاً؛ لأن المقصود من حمل الطعام تسليمه لزيد، فلم يوجد بموته، فلا يستحق الأجر لانتقاض العقد بإرجاعه.

(وَكَذَا)؛ [أي][(٦)]: لا يستحق الأجر لو استؤجر (لِإِيصَالِ كِتَابٍ) ونحوه مما ليس له حمل ومؤنة (إِلَيْهِ)؛ أي: إلى زيد (فَرَدَّهُ)؛ أي: الكتاب (لِمَوْتِهِ)؛ أي: موت زيد، هذا عند الشيخين[(٧)].

---

(١) ينظر: الكافي: ل ٢٩٨، الهداية: ٢/٢٦٣.
(٢) في (أ): (تكن).
(٣) ينظر: خليج البحار: ص٢٦٠.
(٤) ينظر: تبيين الحقائق: ٥/١١٢، والبحر الرائق: ٧/٥١٦.
(٥) ينظر: خليج البحار: ص٤٩٢.
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: الحاوي القدسي: ٢/٨١، والعناية: ٩/٧٩، والشيخان: هما أبو حنيفة وأبو يوسف.

(وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أَجْرُ ذَهَابِهِ)، وهو نصف الأجر المسمى[١] (هُنَا)؛ يعني: في هذه المسألة؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو الذهاب بالكتاب دون المجيء بالجواب، فله الأجر بقدره، ولهما: إن المقصود نقل الكتاب، وقد نقضه بالرد، كما في مسألة الذهاب بالطعام.

والفرق لمحمد: إن حمل الطعام بمشقته مما يقابل به الأجر، فهو المقصود، فإذا نقض بطل الأجر، وأما حمل الكتاب فلخفته لا يقابل به الأجر، فالمقصود: قطع المسافة، وقد أوفاه ذهاباً بلا نقض، فله أجره، إلى هذا أشير[٢] في الكافي[٣]، [وإنما اعتبر ذهاب الكتاب؛ لأنه لو استأجر لتبليغ الرسالة، فذهب ولم يجد مرسلاً إليه، أو وجد ولم يبلغه ورجع؛ كان الأجر إجماعاً[٤]، ثم الظاهر أنه لا بدَّ في مسألة الذهاب بالكتاب من التقييد بإتيان الجواب كما في الكافي والهداية[٥] وغيرهما، حتى يأتي فيه خلاف محمد على ما سبق، وإن لم يقيد به ينبغي أن يكون له تمام الأجر عند محمد؛ لأنه أوفى تمام المعقود عليه لا بعض الأجر فقط على ما يفهم من التعليل][٦].

(وَلَوْ تَرَكَهُ)؛ أي: الكتاب، (هُنَاكَ)؛ أي: في الموضع الذي أرسل إليه به وإن لم يكن حصل التسليم إلى زيد؛ (فَلَهُ أَجْرُ الذَّهَابِ إِجْمَاعاً)[٧]؛ لأن الحمل لا ينقض[٨]، فبقي أجره.

---

(١) الأجر المسمى: هو المنفعة التي ذكرت وتعينت وقت العقد. ينظر: درر الحكام: ١٣٩/٢.
(٢) في (ج): (يشير).
(٣) ينظر: الكافي: ل ٢٩٩.
(٤) ينظر: الهداية: ٣٢٣/٣، والعناية: ٧٩/٩، في الغالب هو اتفاق علماء المذهب على ما يفهم من السياق.
(٥) ينظر: الهداية: ٢٦٤/٢.
(٦) قوله: (وإنما اعتبر) إلى قوله: (ما يفهم من التعليل) سقط من: (ج).
(٧) وهو إجماع علماء المذهب. ينظر: العناية: ٧٩/٩، البناية: ٢٤٦/١٠.
(٨) في (ج): (لا ينتقض).

باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز

لَمَّا كانت الإجارة بيع المنافع، ومعلوم من [أن][1] البيع [منه][2] ما يكون صحيحاً ومنه [ما][3] يكون فاسداً؛ عقد هذا الباب لبيان ما يصح من الإجارة وما لا يصح، وما يكون خلافاً فيها، (وَصَحَّ اسْتِئْجَارُ الدَّارِ وَالْحَانُوتِ وَإِنْ) - وصلية - (لَمْ يَذْكُرْ مَا يَعْمَلُ فِيهِ)، وكان القياس أن لا يجوز ما لم يُبيّن وجه الانتفاع؛ لأن الانتفاع[4] يكون من حيث السكنى، ومن حيث وضع الأمتعة، ولكنه جاز استحساناً؛ لأن المقصود معلوم بالعُرف، فينصرف إليه؛ لأن المعلوم عُرفاً كالمشروط نصّاً[5].

(وَلَهُ)؛ أي: للمستأجر، (أَنْ يَعْمَلَ) فيهما (كُلَّ شَيْءٍ) من الأعمال والصنائع، قوله: (سِوَى مَا يُوهِنُ الْبِنَاءَ) استثناء من قوله: (له أن يعمل كل شيء)؛ أي: ليس له أن يعمل في المستأجر عملاً يضر بالمحل، وبيَّنه بقوله: (كَالْحِدَادَةِ، وَالْقِصَارَةِ، وَالطَّحْنِ)؛ لأن في ذلك ضرراً ظاهراً إما

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (أ) و(ب).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) قاعدة فقهية: (المعلوم عرفاً كالمشروط نصاً) معنى القاعدة: هو كما كان معروفاً بين الناس شائعاً عند الإطلاق يُعتبر هذا المعروف قيداً للإطلاق كأنّما نصَّ عليه، وشُرِط في العقد أو المعاملة أو التصرف أو اليمين، ولذلك قالوا: إن ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم - وإن لم يذكر صريحاً - هو قائم مقام الشرط في الالتزام والتقييد. ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٨٤ - ٨٥، وموسوعة القواعد الفقهية: ١٠/٧٥٠.

حالاً أو مآلاً؛ لأنه يوهن البناء فيتقيد[١] العقد بما وراء ذلك دلالة[٢].

(وَ)صح (اسْتِئْجَارُ الْأَرْضِ لِلزَّرْعِ) أيضاً، وللمستأجر الشِّرب[٣] والطريق وإن لم يشترطهما؛ لأن الاستئجار للانتفاع، ولا يحصل إلا بهما بخلاف البيع، فإن الطريق والشرب لا يدخل فيه بلا ذكر؛ إذ[٤] المقصود منه المِلْك (إِنْ بَيَّنَ مَا يَزْرَعُ)، وإنما قيد به؛ لأنه لا يصح العقد حتى يُسمى ما يزرع فيها؛ لأن الزرع في الأرض يختلف؛ لأن من الزرع ما يضر الأرض ومنه ما لا يضر، فلزم[٥] التعيين لما يزرع، (أَوْ قَالَ) حين العقد: (عَلَى أَنْ يَزْرَعَ مَا شَاءَ) من الحبوب والخضراوات ونحوها؛ لأن ذلك منفعة مقصودة في الأرض.

(وَ)صح استئجار الأرض (لِلْبِنَاءِ، وَالْغَرْسِ)؛ لأن كلّاً من ذلك منفعة تقصد من الأراضي، فيجوز الاستئجار لها إذا بين لها مدة معلومة، (وَإِذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ)؛ أي: إذا انتهت مدة الإجارة المعقود عليها؛ (لَزِمَهُ)؛ أي: [لزم][٦] المستأجر، (أَنْ يَقْلَعَهُمَا)؛ أي: البناء والغرس، (وَيُسْلِمَهَا)؛ أي: الأرض المستأجرة إلى مالكها حال كونها (فَارِغَةً)؛ أي: خالية عن البناء أو الغرس[٧]؛ لأنه ليس لهما نهاية معلومة حتى يتركا إليها، وفي تركها على الدوام ضرر لصاحب الأرض سواء كان بأجر أو بغيره، فيلزم المستأجر أن يقلعها، ويُسلم الأرض إلى مالكها كما كانت قبل.

(إِلَّا) في صورتين: إحداهما: (أَنْ يَغْرَمَ الْمُؤَجِّرُ)؛ أي: مالك الأرض (قِيمَةَ ذَلِكَ) البناء أو الغرس حال كونه (مَقْلُوعاً بِرِضَا صَاحِبِهِ)؛

---

(١) في (ج): (فيقيد).
(٢) ينظر: الهداية: ٢/٢٦٤، والاختيار: ٢/١٢٤.
(٣) الشِّرب: وهو الحصة الذي يستحقها الشريك من الماء. ينظر: تهذيب اللغة: ١١/٢٤١، والصحاح تاج اللغة: ١/١٥٣.
(٤) في (ج): (أو).
(٥) في (ج): (فيلزم).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: خلاصة الدلائل: ١/٤٣٢، واللباب: ٣/٢١٨.

أي: المستأجر؛ يعني: لو قال صاحب الأرض للمستأجر: أنا أعطيك قيمة بنائك وقيمة غراسك[١] مقلوعاً واتركه على حاله، ورضي الآخر بذلك جاز، (**وَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ تَنْقُصُ بِقَلْعِهِ؛ فَبِدُونِ رِضَاهُ أَيْضاً**)؛ أي: لو كانت الأرض تنقص بقلع البناء أو[٢] الغراس منها، فحينئذ لصاحب الأرض أن يعطي المستأجر قيمة بنائه أو قيمة غراسه مقلوعاً ويتملكه، ويجبر الآخر على أخذ القيمة نظراً للجانبين.

وثانيهما: ما أشار بقوله: (**أَوْ يَرْضَيَا**)؛ أي: صاحب الأرض والمستأجر (**بِتَرْكِهِ**)؛ أي: بترك البناء والغراس[٣] في الأرض على حاله، (**فَيَكُونُ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ لِهَذَا**)؛ أي: للمستأجر (**وَالْأَرْضُ لِهَذَا**)؛ أي: لمالكها، ثم إن عبارة المصنِّف تفيد أن التراضي لازم من الجانبين، وهو الموافق لأكثر الكتب[٤]، [وفي الهداية: خص الرضى بصاحب الأرض[٥]، حيث أتى بصيغة الأفراد، وعلى التقديرين لا بدَّ من قيد آخر، وهو كون ذلك الإبقاء بالآخر، فكأنه أدرجه في ضمن رضا صاحب الأرض، لكن لا بدَّ من التصريح به كما لا يخفى][٦].

(**وَالرَّطْبَةُ**)، وهي بالفتح البرسيم[٧] (**كَالشَّجَرِ**) [في حكم القلع والترك على حالها][٨]؛ لأنها تبقى زماناً طويلاً، وكلما قطعت تسقى فتنبت، وهذا دَأَبُها ما دامت عروقها في الأرض، (**وَالزَّرْعُ يُتْرَكُ**) في الأرض (**بِأَجْرِ الْمِثْلِ إِلَى أَنْ يُدْرَكَ**)؛ يعني: لو استأجر أرضاً مدة معلومة وزرع فيها شيئاً مما يدرك في وقت لا يتعداه كالحنطة والشعير ونحوهما، فلو انقضت المدة

---

(١) في (ج): (غرسك).
(٢) في (ج): (و).
(٣) في (ج): (الغرس).
(٤) ينظر: كنز الدقائق: ص٥٤٦، واللباب: ٣/٢١٩.
(٥) ينظر: الهداية: ٢/٢٦٥.
(٦) من قوله: (وفي الهداية) إلى قوله: (كما لا يخفى) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: مختار الصحاح: ص١٢٤، تحرير ألفاظ التنبيه: ص١٨٢.
(٨) سقط من: (ج).

المعقود عليها قبل إدراك الزرع؛ لا يُكلف المستأجر بقلعه، بل يترك إلى أن يدرك بأجر المثل؛ لأن له نهاية معلومة، فأمكن رعاية الجانبين.

(وَ)صح (اسْتِئْجَارُ الدَّابَّةِ لِلرُّكُوبِ، وَالْحَمْلِ) ـ بفتح الحاء ـ (وَ) استئجار (الثَّوْبِ لِلُّبْسِ) بشرط أن يبين من يركبها، أو ما[١] يحمل عليها، أو من يلبسه؛ لأن كلاًّ من ذلك منفعة مقصودة، [وفائدة معلومة معهودة][٢][٣]، (فَإِنْ أَطْلَقَ) استئجار الدابة والثوب بأن قال: على أن [٣٤٧/أ] يركب أو يلبس من شاء، وهو المراد بالإطلاق، لا[٤] أن يستأجروا بهم، فإنه لا يجوز، نص عليه في الذخيرة[٥]، (فَلَهُ أَنْ يُرْكِبَ) الدابة بنَفْسه، ويركب (مَنْ شَاءَ) غيره، وله أن يحمل عليها متاعه، أو متاع من شاء غيره[٦]، (وَ)له أن (يُلْبِسَ) الثوب بنفسه، وله أن يلبس (مَنْ شَاءَ) إياه عملاً بالإطلاق؛ لأن مقتضاه ذلك.

ولكن ليس له أن يخالف بعد ذلك، كما بينه بقوله: (فَإِذَا رَكِبَ) الدابة، (أَوْ لَبِسَ) الثوب المستأجر (هُوَ)؛ [أي][٧]: المستأجر بنَفْسه، (أَوْ أَرْكَبَ) الدابة، (أَوْ أَلْبَسَ) الثوب (غَيْرَهُ؛ تَعَيَّنَ) ذلك الراكب واللابس للاستعمال، فصار كأنه نص عليه، (فَلَا يَسْتَعْمِلُهُ غَيْرُهُ) بعد التعيين، فلذلك [قال][٨]: (وَإِنْ قَيَّدَ بِرَاكِبٍ أَوْ لَابِسٍ) بأن قال: على أن يركبها فلان أو

---

(١) سقط من: (أ) و(ب).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) ينظر: مختصر القدوري: ص١٥٣، حاوي القدسي: ٢/٧٤.

(٤) سقط من: (ج).

(٥) ينظر: المحيط البرهاني: ٧/٤٦٦. الذخيرة: هي المشهورة بـ(الذخيرة البرهانية): للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازه البخاري، (ت٦١٦) اختصرها من كتابه المشهور بـ(المحيط البرهاني) كلاهما مقبولان عند العلماء. ينظر: الكشف الظنون: ٢/١٥٣ ـ ١٥٤. ولا يزال مخطوطاً.

(٦) في (ج): (غيره من شاء).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) سقط من: (ج).

يلبسه فلان، (فَخَالَفَ) المستأجر بأن أركب[١] غير الأول، أو ألبس خلافه، ثم هلكت الدابة أو الثوب (ضَمِنَ)؛ لأنه صار متعدياً؛ لأن الناس متفاوتون[٢] في الركوب واللبس، فيضمن.

(وَكَذَا كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمَلِ) والحكم والتعليل واحد، (وَمَا لَا يُخْتَلَفُ بِهِ)؛ أي: بالاستعمال (فَتَقْيِيدُهُ)؛ أي: تقييد المؤجر بشخص[٣] معين (هَدْرٌ)؛ أي: باطل لا يُعتدّ به[٤]، (فَلَوْ شَرَطَ) المؤجر (سُكْنَى وَاحِدٍ) بعينه في إجارة الدور؛ (جَازَ أَنْ يُسْكِنَ) المستأجر (غَيْرَهُ)؛ أي: غير الواحد الذي شرط المؤجر سكناه؛ لأن التقييد غير مفيد؛ لعدم التفاوت في السكنى.

(وَإِنْ سَمَّى مَا يَحْمِلُ عَلَى الدَّابَّةِ نَوْعاً وَقَدْراً، كَكرٍّ بُرٍّ)؛ يعني: لو استأجر دابة بكذا على أن يحمل عليها كرَّ برٍّ إلى مكان كذا، (فَلَهُ)؛ أي: للمستأجر (حَمْلُ مِثْلِهِ) قَدْراً ووزناً نحو كرّ من العدس؛ لأنه يماثل الحنطة في الوزن، (أَوْ أَخَفُّ) من الحنطة (كَالشَّعِيرِ، وَالسِّمْسِمِ)؛ إذ هما أخف من البر؛ [لأنه إذا رضي بشيء يكون راضياً بكل ما هو مثله أو دونه دلالة][٥]، (لَا مَا هُوَ أَضَرُّ)؛ أي: ليس له أن يحمل ما هو أضر من البر ثقلاً، (كَالْمِلْحِ)، فإن الكر منه أثقل من كر البر.

(وَإِنْ سَمَّى قَدْراً مِنَ الْقُطْنِ) كقنطار مثلاً، (فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيداً)؛ لأنه ربما يكون أضر على الدابة من القطن؛ بسبب أن الحديد يجتمع ثقله في مكان واحد على ظهر الدابة، والقطن ينتشر ثقله على ظهرها، فيتفرق، فيهون عليها حمله، والأول ربما يعقر ظهرها[٦].

---

(١) في (ج): (راكب).
(٢) في (أ): (متعاونون).
(٣) في (ج): (شخص).
(٤) ينظر: الصحاح تاج اللغة: ٨٥٣/٢، والمحكم والمحيط الأعظم: ٤٥٨/٤، ومشارق الأنوار على صحاح الآثار: ٢٦٦/٢.
(٥) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: خلاصة الدلائل: ٤٣٤/١، والتسهيل الضروري: ٢٥٩/١.

(وَإِنْ زَادَ) في تحميل الدابة (عَلَى مَا سَمَّى) من المقدار، (فَعَطِبَتْ) من ذلك؛ (ضَمِنَ قَدْرَ الزِّيَادَةِ إِنْ كَانَتْ) الدابة (تُطِيقُ مَا حَمَّلَهَا) إياه عادة بأن يوزع ذلك المقدار على قيمة الدابة، فما أصاب القَدْر المشروط لا يضمنه، وما زاد على ذلك يضمنه، (وَإِلَّا)؛ أي: وإن زاد في تحميل الدابة على المقدار الذي سمى حال كونها لا تطيق ما حملها، (فَكُلَّ الْقِيمَةِ)؛ أي: يضمن كل قيمتها، أما الأول؛ فلأنها عطبت بسببين: أحدهما: مأذون فيه، وهو المقدار المعقود عليه، والآخر: غير مأذون فيه، وهو الزائد على ذلك المقدار، فانقسمت قيمتها عليهما، وأما الثاني؛ فلعدم الإذن أصلاً لخروجه عن العادة، فيغرم كل القيمة.

(وَفِي الْإِرْدَافِ يَضْمَنُ النِّصْفَ)؛ يعني: لو استأجر دابة ليركبها من غير ذكر الرديف، فركب، وأردف[(١)]، فعطبت[(٢)] بذلك؛ [ضمن][(٣)] نصف قيمتها؛ لأن العطب بركوبه، وهو مأذون فيه[(٤)]، [وبركوب غيره، وهو غير مأذون فيه][(٥)]، فيوزع الضمان على ذلك نصفين.

(وَلَا عِبْرَةَ بِالثِّقْلِ) ـ بكسر الثاء وسكون القاف ـ؛ يعني: لا اعتبار بالثقل بين المردف والرديف؛ لأن الولي غير مأذون لتفاوت أحواله، فلا يمكن معرفته بالوزن، فاعتبر عدد الركاب، قيده في الكافي[(٦)]: بكون[(٧)] الدابة تطيق حمل الاثنين، أما[(٨)] إذا كانت لا تطيق؛ فيضمن[(٩)] جميع

---

(١) (أ) و(ب) زيدت في هذا الموضع كلمة (غيره) وسقطت من: (ج) والأصح سقوطها.
(٢) العطب: الهلاك ويكون في الناس وغيرهم. ينظر: لسان العرب: ١/ ٦١٠.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (مأذون به).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: الكافي: ل ٢٩٧.
(٧) في (أ) و(ب): (يكون).
(٨) في (أ): (ما).
(٩) في (أ) و(ب): (فضمن).

قيمتها، وقيده الزيلعي: بما إذا كان الرديف يستمسك عليها بنفسه، وإن كان صغيراً لا يستمسك؛ يضمن بقَدْر ثقله[١]، ثم إنَّ المالك بالخيار إن شاء ضمَّن المستأجر، وإن شاء ضمن ذلك الغير، فإن ضمن المستأجر؛ لا يرجع على ذلك الغير، فإن ضمنه؛ يرجع على المستأجر.

(**وَإِنْ كَبَحَهَا**)؛ أي: الراكب الدابة بأن جذب لجامها[٢] جذباً عنيفاً، (**أَوْ ضَرَبَهَا**) بسوط أو عصا ونحو ذلك، (**فَعَطِبَتْ**) من ذلك؛ (**ضَمِنَ**) قيمتها عند أبي حنيفة، (**خِلَافاً لَهُمَا فِيمَا هُوَ مُعْتَادٌ**)[٣]؛ أي: لا يضمن بالكبح عندهما؛ لأن ذلك متعارف في الدواب، والمتعارف يدخل تحت مطلق العقد، فصار كالحاصل بإذن المالك، فلا يضمنه، ولأبي حنيفة: إن الإذن بالمتعارف يتقيد بوصف السلامة، كالمرور في الطريق ونحوه.

(**وَإِنْ تَجَاوَزَ بِهَا مَكَاناً سَمَّاهُ**) في العقد؛ (**ضَمِنَ**) بالتعدي، (**وَلَا يَبْرَأُ بِرَدِّهَا إِلَى مَا**)؛ أي: مكان (**سَمَّاهُ**) بعدما تجاوز عنه، كما في العارية، (**وَإِنْ**) ـ وصلية ـ (**اسْتَأْجَرَهَا ذَهَاباً وَإِيَاباً فِي الْأَصَحِّ**)، وإنما قال هذا نفياً لما قيل: إنه إنما يضمن إذا استأجرها ذهاباً فقط؛ لأن الإجارة قد انتهت بالوصول إلى الموضع المُسمى، فلا تصير بالعود مردودة إلى يد المالك معنى، فيضمن، وأما إذا استأجرها ذهاباً وإياباً؛ فإنه يبرأ بالعودة إلى ما سماه كالمودع إذا خالف في الوديعة، ثم عاد إلى الوفاق، ثم [إن][٤] الضمان إذا كان العطب بالتجاوز، وإن لم يكن به، فلا ضمان.

(**وَإِنْ نَزَعَ سَرْجَ**[٥] **الْحِمَارِ**) المستأجر الذي كان عليه عند مالكه،

---

(١) ينظر: البحر الرائق: ٧/٥٢٤، وتبيين الحقائق: ٥/١١٧.

(٢) اللجام: لجام الدابة، واللجام: ضرب من سمات الإبل، في الخدين إلى صفقتي العنق. ينظر: العين: ٦/١٣٨، وتهذيب اللغة: ١١/٧١، والمحكم والمحيط الأعظم: ٧/٤٥٧.

(٣) ينظر: الجوهرة النيرة: ١/٢٦٤، اللباب: ٣/٢٢٥.

(٤) سقط من: (ج).

(٥) السرج: رحل الدابة. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: ٧/٣٦٩.

(وَأَسْرَجَهُ بِمَا يُسْرَجُ بِهِ مِثْلُهُ) عادة من عنده؛ (لَا يَضْمَنُ)؛ لأن إذن المالك موجود فيه ضمناً، إلا إذا كان في الوزن زائداً على الأول؛ فيضمن بحسابه، (وَإِنْ أَسْرَجَهُ، أَوْ أَوْكَفَهُ[١] بِمَا لَا يُسْرَجُ أَوْ بِمَا لَا يُوكَفُ بِهِ مِثْلُهُ، ضَمِنَ) كل القيمة عندهم؛ لأنه لا يتناوله الإذن ضمناً، فصار بذلك مخالفاً، (وَكَذَا إِنْ) نزع سرج الحمار و(أَوْكَفَهُ بِمَا يُوكَفُ بِهِ مِثْلُهُ)، فهلك من ذلك؛ ضمن كل قيمته عنده، وفي رواية الجامع الصغير[٢]، (وَقَالَا: يَضْمَنُ قَدْرَ مَا زَادَ وَزْنُهُ عَلَى السَّرْجِ فَقَطْ)، وفي رواية الأصل[٣]؛ لأن الحمار تارة يركب بالسرج وتارة بالإكاف، فإذا أوكفه مكان السرج بما تُوكف بمثله الحمر[٤]؛ كان هو والسرج سواء، فيكون المالك راضياً به دلالة؛ إلا[٥] أنه إذا كان زائداً على السرج في الوزن لا يكون المالك راضياً به[٦] دلالة، فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه، ولأبي حنيفة: إن الإكاف ليس من جنس السرج؛ لأن الإكاف يكون للحمل والسرج للركوب، والإكاف ينبسط على[٧] ظهر الدابة، والسرج يلزم مكاناً واحداً، فكان مخالفاً وإن تساويا وزناً كما مر آنفاً في القطن والحديد.

(وَإِنْ سَلَكَ الْحَمَّالُ) بالحمل الذي استؤجر على نقله (طَرِيقاً غَيْرَ مَا عَيَّنَهُ الْمَالِكُ)، فإن كان ذلك الطريق (مِمَّا يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)، وذلك (إِنْ لَمْ يَتَفَاوَت الطَّرِيقَانِ) سهولة وأمناً وخوفاً وقرباً وبعداً وغير ذلك؛ إذ لا فائدة في تعينه حينئذ، (وَإِنْ تَفَاوَتَا)؛ أي: لو كان بين الطريقين [أ/٣٤٨] تفاوت، فخالف ما عينه المالك، (أَوْ كَانَ) الطريق الذي

---

(١) الإكاف: هو (البرذعة) التي يجلس عليها الراكب على الحمار، وهي بمنزلة ما يُسمى بالقتب للبعير. ينظر: تاج العروس: ٥١٦/٣، المعجم الوسيط: ٢٢/١.
(٢) ينظر: الجامع الصغير: ٤٤٧.
(٣) ينظر: الأصل: ٥٢٦/٣.
(٤) في (أ) و(ب): (الحمار).
(٥) في (أ): (لا).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (ج): (يستنبط مع).

سلكه الحمال (لَا يَسْلُكُهُ النَّاسُ) فهلك المحمول، (أَوْ حَمَلَهُ فِي الْبَحْرِ) مع أن المالك كان قد عين له أن يحمله في البرّ[(١)]، (فَتَلِفَ؛ ضَمِنَ)؛ لفحش التفاوت بين سلوك البر والبحر[(٢)]؛ ولأن التقييد عند التفاوت يكون مفيداً، فيضمن بالمخالفة.

(وَإِنْ بَلَّغَ؛ فَلَهُ الْأَجْرُ)؛ أي: لو أنه أوصل المحمول إلى الموضع المعقود عليه مع المخالفة؛ فإنه يستحق الأجر في الصور[(٣)] المذكورة، فإن الخلاف وإن وقع صورة، لكنه بالوصول قد حصل المقصود من العقد، فيكون قد ارتفع معنى.

(وَإِنْ عَيَّنَ) في إجارة الأرض للزراعة (زَرْعَ بُرٍّ فَزَرَعَ رَطْبَةً؛ ضَمِنَ مَا نَقَصَتْ الْأَرْضُ) بزرع الرطبة؛ لأنها أضر بالأرض من الحنطة؛ لانتشار عروقها في الأرض، وكثرة الحاجة إلى سقيها، فكان خلافاً إلى شر، فيضمن ما نقص من الأرض [بها][(٤)]، (وَلَا أَجْرَ عَلَيْهِ)؛ لأنه حينئذ يكون غاصباً للأرض، والمنافع لا تضمن بالغصب[(٥)].

(وَإِنْ أُمِرَ) خياطاً (بِخِيَاطَةِ الثَّوْبِ قَمِيصاً)[(٦)] بكذا من الأجرة، (فَخَاطَهُ قَبَاءً[(٧)]؛ خُيِّرَ الْمَالِكُ بَيْنَ تَضْمِينِ قِيمَتِهِ)؛ أي: قيمة الثوب غير مخيط ودفعه إلى الخياط، (وَبَيْنَ أَخْذِ الْقَبَاءِ) الذي خيطه؛ لأنهما متفاوتان في المنفعة، (وَدَفْعِ أَجْرِ مِثْلِهِ لَا يُزَادُ عَلَى مَا سَمَّى)؛ لأنه لا يزاد على المسمّى عندنا في الإجارة الفاسدة، (وَكَذَا لَوْ أَمَرَ) الخياط (بِقَبَاءٍ، فَخَاطَ

---

(١) في (ج): (لا يحمله في البحر).
(٢) في (ج): (البحر والبر).
(٣) في (ج): (الصورة).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: الهداية: ٢/٢٦٧، كنز الدقائق: ٥٤٨.
(٦) الْقَمِيصُ: الذي يلبس، والجمع القمصان والأقمصة، وقمصه قميصاً فتقمصه؛ أي: لبسه. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: ٦/٢٢٠، ومختار الصحاح: ٢٦٠.
(٧) القباء: ثوب يلبس فوق الثياب أو القميص، ويتمنطق عليه. ينظر: القاموس المحيط: ١/١٣٢٣، والمعجم الوسيط: ٢/٧١٣.

سَرَاوِيلَ) يكون المالك مخيراً، كما في الأمر بخياطة القميص، وإنما قال: (فِي الْأَصَحِّ) احترازاً عما عقبه بقوله(١): (وَقِيلَ: يَضْمَنُهُ هُنَا بِلَا خِيَارٍ)؛ يعني: أن الخياط يضمن من غير خيار؛ للتفاوت بين القباء والسراويل في أصل المنفعة، [لكن رواية التخيير أصح؛ للاتحاد بين القباء والسراويل في أصل المنفعة](٢)؛ لأن كلاً منهما يلبس لدفع الحر والبرد وستر العورة، والكل لباس، فيتوجه التخيير، والتعليل واحد في المسألتين كما لا يخفى.

❖ ❖ ❖ ❖

(١) في (ج): (بقول).
(٢) سقط من: (ج).

بَابُ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ

اعلم أن الإجارة كما تكون صحيحة تكون فاسدة أيضاً كالبيع؛ لأنها بيع المنفعة، وفسادها يكون بالشروط المفسدة، وكل جهالة تفسد البيع؛ فهي تفسد الإجارة: كجهالة المعقود عليه أو الأجرة أو المدة؛ لما عرف أن الجهالة تفضي إلى المنازعة (يَجِبُ فِيهَا)؛ أي: في الإجارة الفاسدة (أَجْرُ الْمِثْلِ) بعد التسليم واستيفاء المستأجر المنفعة حال كونه (لَا يُزَادُ) أجر المثل (عَلَى الْمُسَمَّى)؛ أي: إذا كان أجر المثل زائداً على المسمّى لا تجب الزيادة؛ لأنهما رضيا بإسقاط حقهما، حيث سمّيا الأقل، وينقص[(١)] عنه إن كان أجر المثل ناقصاً عن المسمّى لفساد التسمية.

(وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَاراً) على شرط أنها (كُلَّ شَهْرٍ بِكَذَا) درهماً (صَحَّ الْعَقْدُ فِي شَهْرٍ) واحد (فَقَطْ)؛ يعني: في أول الشهور التي سمّيا البدل بمقابلة كل منها، وفسد في بقية الشهور؛ لأن كلمة كلّ إذا دخلت على ما لا نهاية له معلومة ينصرف العقد إلى الواحد؛ لتعذر العمل[(٢)] بالعموم: لكون المراد به مجهولاً والواحد معلوم، فينصرف العقد إليه، وإذا تم الشهر الأول؛ فلكل[(٣)] واحد منهما أن ينقض الإجارة بحضرة صاحبه؛ لانتهاء العقد الصحيح.

(إِلَّا أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ الشُّهُورِ) عدداً نحو أن يقول: أجرتك هذه الدار

(١) في (أ): (نقص).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (أ) و(ب): (فكل).

عشرة أشهر كل شهر بدرهم؛ لأن المدة صارت معلومة، فارتفع المانع من الجواز[(١)].

(وَكُلُّ شَهْرٍ سَكَنَ مِنْهُ سَاعَةً) في أوله؛ (صَحَّ) عقد الإجارة (فِيهِ)؛ أي: في ذلك الشهر الذي سكن [منه][(٢)] ساعة، (وَسَقَطَ حَقُّ الْفَسْخِ)، فلم يكن للمؤجر أن يخرجه إلى أن ينقضي الشهر إلا بعذر، هذا قول بعض المشايخ، وهو القياس؛ لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى فيه.

قوله: (وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ بَقَاؤُهُ فِي اللَّيْلَةِ الْأُولَى وَيَوْمِهَا)[(٣)]، معناه: أن حق الفسخ يبقى إلى آخره، وبه يُفتى؛ لأن في اعتبار الساعة حرجاً عظيماً، والمقصود[(٤)]: هو الفسخ في رأس الشهر، وهو عبارة عن الليلة الأولى ويومها عُرْفاً.

(وَإِنْ آجَرَهَا)؛ أي: الدار (سَنَةً بِكَذَا؛ صَحَّ) الإيجار، (وَإِنْ) - [وصلية][(٥)] - (لَمْ يُبَيِّنْ قَسَّطَ كُلَّ شَهْرٍ)؛ لأن المدة معلومة بدون التقسيم، فصار كإجارة شهر واحد، فإنه جائز، وإن لم يُبيّن قسط كل يوم، (وَابْتِدَاءُ الْمُدَّةِ مَا سَمَّى)؛ أي: أول السنة التي وقع العقد عليها من الوقت الذي سمى بأن يقول: من شهر رجب من هذه السَّنَة، (وَإِلَّا)؛ أي: وإن لم يُسَمّ[(٦)] وقت الابتداء؛ (فَوَقْتُ الْعَقْدِ)؛ أي: يكون ابتداء السَّنَة من الوقت الذي وقع فيه عقد الإجارة؛ لأن الأوقات كلها في حكم الإجارة سواء.

(فَإِنْ كَانَ) وقت العقد وقع (حِينَ يُهَلُّ) على لفظ المجهول؛ أي: يرى الهلال؛ يعني: يوم الغرة (تُعْتَبَرُ) السَّنَة المعقود عليها (بِالْأَهِلَّةِ)، فيكون من ذلك الهلال إلى تمام اثني عشر شهراً، (وَإِلَّا)؛ أي: وإن لم

---

(١) ينظر: مختصر القدوري: ص١٥٦، الاختيار: ١٣٨/٢.

(٢) سقط من: (أ).

(٣) ينظر: الاختيار: ١٣٩/٢.

(٤) في (أ) و(ب): (المعقود).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) في (ج): (يسمّى).

يكن وقت العقد حين يهل الهلال، لكن وقع في أثناء الشهر، (فَبِالْأَيَّامِ)؛ أي: يُعتبر أول تلك السَّنَة بالأيام، ويكمل من الأخير عند أبي حنيفة.

(وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ): أن الشهر (الْأَوَّلُ بِالْأَيَّامِ، وَالْبَاقِي) من شهور السَّنَة، يُعتبر (بِالْأَهِلَّةِ)[1]؛ لأن الأيام إنما يصار إليها ضرورة، والضرورة إنما وجدت في الشهر الأول؛ لوقوع العقد في أثنائه ولا ضرورة في الأشهر[2] التي بعده، فيصار فيها إلى الأصل، ولأبي حنيفة: إنه متى تمَّ الشهر الأول ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة، وهكذا إلى آخر السَّنَة، فإن أجر في عاشر ذي الحجة سَنَة؛ فذو الحجة إن تم على ثلاثين يوماً، فالسَّنَة تتم عند محمد: على عاشر ذي الحجة، وإن تم على تسعة وعشرين، فالسَّنَة تتم على حادي عشر من ذي الحجة، فإن قلت: هلّا يلزم أن يتكرر عيد[3] الأضحى في سنة واحدة؟ قلت: نعم لكن في السَّنَة التي قدر بها مدة الإجارة لا في السَّنَة المعروفة، فالمحذور[4] غير لازم، واللازم غير محذور.

(وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ)؛ أي: مع[5] محمد (فِي رِوَايَةٍ، وَمَعَ الْإِمَامِ) أبي حنيفة (فِي أُخْرَى، وَكَذَا الْعِدَّةُ)؛ أي: عدة الطلاق[6]، والفسخ، والموت[7]، على هذا الخلاف، فإن كان ابتداؤها حين يهل تُعتبر الأشهر بالأهلة عندهم، وإن كان في خلال الشهر، فعنده: يُعتبر بالأيام كل شهر ثلاثون يوماً، وعندهما: يكمل الشهر الأول بأيام الشهر الرابع أو[8] الخامس ثلاثين يوماً، ويُعتبر ما بينهما بالأهلة.

---

(١) ينظر: العناية: ٩٦/٩، والبناية: ٢٧٥/١٠.
(٢) في (أ): (الشهر).
(٣) في (أ): (عند).
(٤) في (أ): (المحذوف).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: نتائج الأفكار: ٩٧/٧، وفتح باب العناية: ٣٣٠/٣.
(٧) في (ج): (بموت).
(٨) في (أ): (و).

(وَيَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ الْحَمَّامِ) عمن[١] دخل فيه[٢]، صرح بذلك؛ لأن القياس يأبى ذلك؛ لورود العقد على إتلاف العين مع الجهالة في المعقود عليه، لكن الاستحمام بالأجر[٣] متعارف بين الناس من القديم، وإجماع المسلمين لا يكون على الضلالة، وقد قال ﷺ: «مَا رَآهُ الْمُؤْمِنُونَ حَسَناً، فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»[٤]، فلم تُعتبر[٥] الجهالة في مقدار صب الماء مع طيب نَفْس الحَمَّامي بذلك، (وَ) كذا [أ/٣٤٩] أجرة (الْحَجَّامِ)؛ لأنه ﷺ: «احْتَجَمَ وَأَعْطَى الحجام الأجر»[٦]؛ ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم، فيقع جائزاً.

(لَا أَخْذُ أُجْرَةِ عَسْبِ التَّيْسِ)؛ أي: لا يجوز أخذ أجرة، وذلك بأن يستأجر فحلاً لينزو على الإناث من الدواب أو الأنعام[٧]، وإنما خص التيس؛ لقوله ﷺ: «إنَّ من السُّحت عَسْب التَّيْس»[٨]، والمراد: أخذ الأجرة على نزوه.

(وَلَا عَلَى الطَّاعَاتِ)؛ أي: لا يجوز الاستئجار عليها (كَالْأَذَانِ،

---

(١) في (أ): (عن).

(٢) ينظر: خلاصة الدلائل: ٤٤٣/١، الحاوي القدسي: ٨٤/٢.

(٣) في (ج): (بالأجرة).

(٤) رواه الحاكم، وأحمد في مسنده، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، وقال الذهبي: صحيح، وقال الزيلعي: غريب موقوفاً، ولم نجده إلا مرفوعاً على ابن مسعود ﷺ. ينظر: مسند أحمد: ٣٧٩/١، والمستدرك: ٧٨/٣، ونصب الراية: ٣٢٣/٤.

(٥) في (أ): (يقتر).

(٦) ينظر: صحيح البخاري: ٢٠/٨، رقم الحديث (٢١٠٣)، كتاب: البيوع، باب: ذكر الحجام، ولكن بلفظ: «احتجم النبي ﷺ، وأعطى الذي حجمه». ينظر صحيح مسلم: ٣٩/٥، رقم (٤١٣١)، كتاب المساقاة، باب: أجرة الحجامة.

(٧) ينظر: الهداية: ٢٦٩/٢، الاختيار: ١٤٤/٢.

(٨) ينظر: صحيح البخاري: ٣١٩/٨، رقم الحديث (٢٢٨٤) كتاب: الإجارة، باب: عسب الفحل، ولكن بلفظ: «نهى النبي ﷺ عن عسب الفحل»، لكن باللفظ الذي أورده المصنِّف، قال الزيلعي عنه: غريب. ينظر: نصب الراية: ١٣٥/٤.

وَالْحَجِّ، وَالْإِقَامَةِ، وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ، وَالْفِقْهِ)، بخلاف تعليم الخط، وعلم الأدب، والشِّعْر، والطب، والحساب[١]، ونحوها، [وصورتها: أن يقول: استأجرتك بكذا على أن تؤذن، أما[٢] إذا أمره به، ثم يعطيه شيئاً، فهو جائز، والأصل: أن كل طاعة يختص بها المُسْلم لا يجوز الاستئجار عليها، وعند الشافعي: يجوز في كل ما يتعين إقامته على الأجير][٣][٤]، (أَوْ الْمَعَاصِي)؛ أي: لا يجوز الاستئجار على عمل المعاصي (كَالْغِنَاءِ، وَالنَّوْحِ، وَالْمَلَاهِي) كاللعب بالطنبور[٥]، ونحوه من آلات[٦] اللهو؛ لأنه استئجار على المعصية، وهو لا يجوز.

(وَيُفْتَى الْيَوْمَ)؛ أي: في هذه الأزمان التي خلت عن الرغبة في أعمال الخير، وظهر فيها التواني[٧] والتكاسل[٨] في الأمور الدِّينية، استحسن المشايخ أن يُفتى (بِالْجَوَازِ)؛ أي: بجواز الاستئجار، وأخذ الأجرة[٩] (عَلَى الْإِمَامَةِ، وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ، وَالْفِقْهِ)؛ لأن في الامتناع منه تضييع حفظ القرآن العظيم، والمحافظة على العبادات، ووقوع الخلل في أمور الدنيا والديانات.

(وَيُجْبَرُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى دَفْعِ مَا سَمَّى) من الأجرة، (وَيُحْبَسُ بِهِ)، صرح بذلك لكثرة ما يقع فيه من المنازعات[١٠] بين أولياء الصبيان

---

(١) في (أ) و(ب): (الحسنات).
(٢) في (ج): (لنا).
(٣) من قوله: (وصورتها: أن يقول) إلى قوله: (إقامته على الأجير) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: النجم الوهاج: ٥/٣٥٤ ـ ٣٥٥، المهذب للشيرازي: ٢/٢٥٠.
(٥) الطنبور: معزف عند أهل اللهو، وقيل: إنه عود الغناء الضيّق الطوق الأعلى عريض، والأسفل كالفخذ. ينظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: ٢/٤٣٦.
(٦) في (أ): (الآلات).
(٧) تواني في الآخر: أي: قصَّر فيه. ينظر: شمس العلوم ودواء كلام العرب الكلوم: ١١/٧٣٠٤، تكملة معاجم العربية: ١١/١١٠.
(٨) في (ج): (النكال).
(٩) المبسوط: ١٦/ ٣٧، الاختيار: ٢/١٤٢.
(١٠) في (أ) و(ب): (المنازات).

والمعلمين، وليكون توطئة؛ لقوله: (وَعَلَى) دفع (الْحَلْوَةِ الْمَرْسُومَةِ)؛ أي: المعروفة، والحلوة ـ بفتح الحاء الغير المعجمة ـ: هدية تُهدى بها إلى المعلمين على رؤوس بعض سور القرآن، أو في الأعياد سُميت بها؛ لأن العادة جرت بإهداء الحلاوى، وهي لغة يستعملها أهل ما وراء النهر[1]، فإن ذلك وإن كان خارجاً عن الأجرة المعقودة، لكنه متعارف بين الناس، والمعتاد عُرفاً كالمشروط شرطاً[2].

(وَلَا تَصِحُّ إِجَارَةُ الْمُشَاعِ) صورته: أن يؤجر نصيباً من داره أو نصيبه من عقار مشترك، سواءً قبل التقسيم أو لا، فهذا غير جائز عند أبي حنيفة وزفر[3]، (إِلَّا مِنَ الشَّرِيكِ) الآخر إذا كان المشاع مشتركاً بين اثنين فقط سواء كان نصيباهما متساويين أو متفاوتين، وروى الحسن: عدم جوازه أيضاً، (وَعِنْدَهُمَا)، وعند الشافعي: (تَصِحُّ) إجارة المشاع (مُطْلَقاً)[4]؛ أي: سواء كان من الشريك أو لا؛ لأن للمشاع منفعة جائزة الحصول، والمؤجر قادر على تسليم المعقود عليه، وإذا سلم المالك الدار كلها أو تهابا مع مستأجر الحصة، يحصل التسليم حكماً، فصار كما لو أجر نصيبه من شريكه أو الكل من رَجلين، وصار كالبيع.

ولأبي حنيفة: إنه أجر ما لا يقدر على تسليمه، فلا يجوز؛ وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور؛ لأنه صار في جميع الأجزاء، فكل جزء فرض من الدار، فهو مشترك بين المؤجر والشريك الآخر[5]، فلا يمكن تمييز المستأجر عن غيره؛ ليصح تسليمه، وأما إذا أجر من شريكه؛ فالكل يحدث على مِلْك المستأجر[6]، فلا يكون ثمة شيوع؛ لكون

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص٢٣٢.
(٢) في (ج): (شرعاً).
(٣) ينظر: البناية: ٢٨٣/١٠، اللباب: ٢٤٥/٣.
(٤) ينظر: المهذب للشيرازي: ٥١٨/١، تخريج الفروع للزنجاني: ٢٢٣.
(٥) في (أ): (الأجر).
(٦) سقط من: (ج).

المستحق[١] واحداً، في قاضي خان[٢]، والحقائق[٣]، والفتوى على قول أبي حنيفة، واعتمده النسفي[٤]، وبرهان الأئمة المحبوبي[٥]، وفي شرح الكنز للزيلعي[٦] نقلاً عن المغني[٧]: الفتوى على قولهما، أقول: والمعتمد ما رَجّحَه قاضي خان[٨].

(وَإِنْ آجَرَ دَاراً مِنْ رَجُلَيْنِ؛ صَحَّ) الإيجار (اتِّفَاقاً)[٩]؛ لأن الشيوع [حينئذ][١٠] يكون طارئاً؛ لأن التسليم منهما يقع جملة واحداً، ثم يجيء الشيوع من تَفَرّق المِلْك، والشيوع الطارئ[١١] ليس بمفسد.

(وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ)، هي المرضعة[١٢] (بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ) استحساناً إذا كانت المدة[١٣] معينة، (وَكَذَا)؛ أي: كجواز استئجارها بأجر معلوم يجوز استئجارها (بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا)؛ يعني: بما تأكله[١٤] من طعام، وما

(١) في (ج): (المسمى).
(٢) ينظر: فتاوى قاضي خان: ٢٣٦/٢.
(٣) الحقائق: هو الحقائق المنظومة: لأبي المحامد محمود بن محمد بن داود اللؤلؤي البخاري الأفشنجي (ت٦٧١هـ)، ويبدو أنه لا يزال مخطوطاً. ينظر: كشف الظنون: ١٨٦١/٢.
(٤) ينظر: كنز الدقائق: ص٥٥٠. القاضي أبو علي النسفي: هو الحسين بن الخليل بن أحمد بن محمد، الإمام، الفقيه، نزيل سمرقند، فاضل ورع، له يد باسطة في النظر، (ت٥٣٣هـ). ينظر: الجواهر المضية: ١/ ٢١١، الطبقات السنية: ٢٤٧/١.
(٥) ينظر: الوقاية: ٢٥٦/٤، فتح باب العناية: ٣٣٦/٣.
(٦) ينظر: تبيين الحقائق: ١٢٥/٥.
(٧) المغني: أغلب الظن أنه أحد شروح مجمع البحرين لابن الساعاتي، لمؤلفه: أحمد بن الأضرب الحلبي. ينظر: كشف الظنون: ١٥٩٩/٢.
(٨) ينظر: فتاوى قاضي خان: ١٩٤/٢.
(٩) ينظر: البناية: ٢٨٧/١٠، واللباب: ٢٤٦/٣.
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) في (أ) و(ب): (الداريء).
(١٢) ينظر: تهذيب اللغة: ٢٨٢/١٤، والمحكم والمحيط الأعظم: ٣٤/١٠.
(١٣) زيدت هنا في (ج): (معلومة؛ أي:).
(١٤) في (أ): (نأكله).

تلبسه من اللباس أيام الرضاع عند أبي حنيفة (خِلَافاً لَهُمَا)[١]، والشافعي: هو القياس[٢]؛ لأن الأجرة مجهولة؛ إذ لا يعلم ما تأكل ولا مقداره ولا كسوتها، وله: إن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن العادة جرت بالتوسعة على الإظئار شفقة على الأولاد، وهو استحسان.

(وَعَلَيْهَا)؛ أي: على الظئر[٣] (غَسْلُ الصَّبِيِّ) على ما هو المعهود، (وَغَسْلُ ثِيَابِهِ وَإِصْلَاحُ طَعَامِهِ) ـ يريد المضغ ـ (وَدَهْنُهُ)؛ لأن العادة أن الظئر هي التي تتولى هذه الأمور، فصار ذلك كالمشروط، وقوله: ودهنه ـ بضم أوله وكسر آخره ـ عطفاً على طعامه، أو بفتح أوله ورفع آخره، عطفاً على الغسل والإصلاح[٤]، [وذكر محمد: أن الدهن والريحان على الظئر، فهذا من عادة أهل الكوفة[٥]، والمعتبر فيما لا نص العُرف[٦]][٧]، (لَا ثَمَنُ شَيْءٍ مِنْهَا)؛ أي: ليس عليها شراء طعامه أو دهنه أو ثيابه، (بَلْ هُوَ)؛ أي: ما ذكر أو ثمنه (وَأَجْرُهَا)؛ أي: أجر عمل المرضعة، وإرضاعها لازم (عَلَى مَنْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ)؛ أي: على من يلزمه[٨] نفقة الصغير كأبيه وأمه ومن يحكم الشرع بنفقة الصغير عليه من أقاربه[٩] ومواليه.

وفَرَّع على هذا بقوله: (فَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي الْمُدَّةِ)؛ أي: في مدة رضاعه (بِلَبَنِ شَاةٍ) مثلاً، (أَوْ غَذَّتْهُ بِطَعَامٍ) مكان اللَّبن؛ (فَلَا أَجْرَ لَهَا)؛ لأنها لم تأتِ بعمل الواجب عليها، وهو الإرضاع (وَلِزَوْجِهَا وَطْؤُهَا)؛

---

(١) ينظر: الأصل: ٤٥٦/٣، والاختيار: ١٤٠/٢ ـ ١٤١.

(٢) المراد بالقياس هنا: القاعدة العامة، وليس القياس الأصولي. ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوي: ٤/٤.

(٣) في (ج): (المرضع).

(٤) في (أ): (والاصطلاح).

(٥) ينظر: الهداية: ٢٧١/٢، المبسوط: ١٢١/١٥.

(٦) في (أ) و(ب): (العرض).

(٧) من قوله: (وذكر محمد) إلى قوله: (لا نص العرف) سقط من: (ج).

(٨) في (أ) و(ب): (يلزم).

(٩) في (ج): (أقارب).

لأنه حقه، فلا يمنع منه (لَا فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ)؛ لأن البيت في يده، فله المنع عن الوطءِ فيه، (وَلَهُ)؛ أي: للزوج[١] الظئر (فَسْخُهَا)؛ أي: الإجارة (إِنْ لَمْ تَكُنْ) الإجارة (بِرِضَاهُ)؛ صيانة لحقه، وهذا إنما يكون (إِنْ) كان (نِكَاحُهُ ظَاهِراً) بين الناس، أو يكون عليه شهود (لَا)؛ أي: ليس له أن يفسخ الإجارة (إِنْ أَقَرَّتْ) هي (بِهِ)؛ لقيام احتمال المراضعة[٢]، فتضيع مصلحة الصغير بذلك، (وَلِأَهْلِ الطِّفْلِ فَسْخُهَا إِنْ مَرِضَتْ) الظئر (أَوْ حَبِلَتْ)؛ لأن لبن الحامل أو المريضة يضر بالصبي والإجارة تفسخ بالأعذار[٣].

(وَفَسَدَ اسْتِئْجَارُ حَائِكٍ؛ لِيَنْسِجَ لَهُ غَزْلاً بِنِصْفِهِ)؛ أي: بنصف الثوب أو بجزء[٤] منه متعين، وإذا فسد كان للحائك أجر مثله، والثوب لصاحب الغزل، [وكان شمس الأئمة الحلواني[٥] يحكي عن إسناد القاضي أبي علي النسفي: أنَّا نُفتي بجواز هذا العقد بنسف[٦]، ومشايخ أهل بلخ[٧]: يُفتون بجواز هذه الإجارة][٨]، (أَوْ حِمَارٍ[٩] لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ طَعَاماً) إلى موضع كذا

---

(١) في (أ): (الزوج).
(٢) في (أ) و(ب): (المواضعة).
(٣) ينظر: مختصر القدوري: ص١٥٧، اللباب: ٢٤٧/٣.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: خليج البحار: ص١٣٠.
(٦) نسف: بفتح أوله وثانيه ثم فاء: هي مدينة كبيرة كثيرة الأهل والرستاق بين جيحون وسمرقند تقع في أوزبكستان، ويطلق عليها أيضاً اسم نخشب، دخلها الإسلام صلحاً على يد قتيبة بن مسلم عام (٩٢هـ)، خرج منها جماعة كثيرة من أهل العلم في كل فن، وهي على مدرج بخارى وبلخ، وقد خرج منها خلق كثير من العلماء، منهم: أبو إسحاق إبراهيم بن معقل بن الحجاج بن خداش النسفي (ت٢٩٤هـ). ينظر: معجم البلدان: ٢٨٥/٥.
(٧) ينظر: خليج البحار: ص٢٢٨.
(٨) من قوله: (وكان شمس الأئمة) إلى قوله: (هذه الإجارة) سقط من: (ج).
(٩) في (ج): (حمال).

(بِقَفِيزٍ مِنْهُ)؛ أي: من الطعام الذي يحمله، (أَوْ ثَوْرٍ لِيَطْحَنَ لَهُ بُرّاً بِقَفِيزٍ مِنْ دَقِيقِهِ) هذه مسألة قفيز الطحان المشهورة، وفروعها في الكتب [أ/٣٥٠] الفقهية مذكورة[(١)]، والإجارة على هذا الوجه فاسدة[(٢)]؛ لأنه جعل الأجر[(٣)] بعض ما يخرج من عمله، وقد نهى عنه النبي ﷺ[(٤)].

---

(١) من الفقهاء من لا يجيز أن تكون الأجرة بعض المعمول، أو بعض الناتج من العمل المتعاقد عليه؛ لما فيه من غرر؛ لأنه إذا هلك ما يجري فيه العمل ضاع على الأجير أجره، وقد نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان، ولأن المستأجر يكون عاجزاً عن تسليم الأجرة، ولا يعد قادراً بقدرة غيره، وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية، ومثاله: سلخ الشاة بجلدها، وطحن الحنطة ببعض المطحون منها، لجهالة مقدار الأجر؛ لأنه لا يستحق جلدها إلا بعد السلخ، ولا يدري هل يخرج سليماً أم مقطعاً؟
وذهب الحنابلة: إلى جواز ذلك إذا كانت الأجرة جزءاً شائعاً مما عمل فيه الأجير، تشبيهاً بالمضاربة والمساقاة، فيجوز دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها، والزرع أو النخل إلى من يعمل فيه بسدس ما يخرج منه؛ لأنه إذا شاهده علمه بالرؤية، وهي أعلى طرق العلم، والمالكية في بعض الصور التي يمكن فيها علم الأجر بالتقدير يتجهون وجهة الحنابلة، فيقولون: إن قال: احتطبه ولك النصف، أو: احصده ولك النصف، فيجوز إن علم ما يحتطبه بعادة، ومثل ذلك في جذ النخل ولقط الزيتون وجز الصوف ونحوه، وعلة الجواز العلم، ولو قال: احتطب، أو: احصد ولك نصف ما احتطبت أو حصدت، فذلك جائز على أنه من قبيل الجعالة، وهي يتسامح فيها ما لا يتسامح في الإجارة.
وقد أورد الزيلعي الحنفي صورة من هذا القبيل، وهي أن يدفع إلى الحائك غزلاً ينسجه بالنصف، وقال: إن مشايخ بلخ جوَّزوه لحاجة الناس، لكن قال في الفتاوى الهندية: الصحيح خلافه. ينظر: الهداية: ٢٤٢/٣، الفتاوى الهندية: ٤٤٤/٤، الشرح الصغير: ٤/ ١٨، بداية المجتهد: ٢٤٦/٢، منهاج الطالبين: ٦٨/٤، ٦٩، المغني: ١٣/٦.

(٢) ينظر: الاختيار: ١٤٤/٢ ـ ١٤٥، كنز الدقائق: ص٥٥٠.

(٣) في (ج): (الأجرة).

(٤) الحديث هو عن أبي سعيد الخدري ﷺ مرفوعاً قال: «نهى عن عسب الفحل، وعن قفيز الطحان» رواه الدارقطني، والبيهقي وأشار ابن الملقن إلى ما يرجى أن يكون صحيحاً لكنه عاد في خلاصة أعله بجهالةٍ، وكذلك ابن حجر أشار إلى توثيق من طعن فيه، بعد أن ذكر جهالته. ينظر: سنن الدارقطني: ٤٦٨/٣، والسنن الكبرى للبيهقي: ٥٥٤/٥، والبدر المنير: ٣٩/٧، وخلاصة البدر المنير: ١٠٧/٢، والتلخيص الحبير: ١٤٥/٣.

[وجهه][(١)]: أن المستأجر غير قادر على تسليم الأجر الذي هو بعض المنسوج أو بعض المحمول أو المطحون؛ لأن ذلك إنما يحصل بفعل الأجير، والإنسان لا يكون قادراً بما هو فعل غيره، فتفسد الإجارة، وإذا فسدت استحق الأجير [أجر][(٢)] المثل.

فلذلك قال المصنِّف: (**وَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ فِي الْكُلِّ**)؛ أي: في كل ما ذكر، أو في كل موضع فسدت فيه[(٣)] الإجارة، كما في البيع إذا فسدت تلزم القيمة، لكن (**لَا يُجَاوِزُ الْمُسَمَّى**) في عقد الإجارة؛ لأنه بالتسمية يكون راضياً بحط الزيادة.

(**وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ**)؛ أي: من استأجر خبازاً (**لِيَخْبِزَ لَهُ الْيَوْمَ قَفِيزاً**) من الدقيق (**بِدِرْهَمٍ؛ فَسَدَ**) الاستئجار عند أبي حنيفة (**خِلَافاً لَهُمَا**)[(٤)]، فإنه صحيح عندهما، ويقع العقد على العمل، وذكر الوقت للتعجيل تصحيحاً للعقد عند تعذر الجمع بينهما، فترتفع الجهالة، وله: إن المعقود عليه مجهول؛ لأن ذكر الوقت يوجب كون تسليم النَّفْس في ذلك اليوم معقوداً عليها، وذكر العمل يُوجب كونه معقوداً عليه، ولا ترجيح، ونفع المستأجر في الثاني، ونفع الأجير في الأول، فيفضي إلى المنازعة، هذا إذا أخر[(٥)] الأجر، وأما إذا وسطه فبذكر الأول عملاً كان أو وقتاً، وذكر الأجر بعده يتم العقد، فكان ذكر الثاني بعد ذلك إن كان وقتاً للتعجيل، وإن كان عملاً؛ فلبيان العمل في ذلك الوقت، فلا يفسد العقد، ذكره في الخانية[(٦)].

(**وَلَوْ قَالَ: فِي الْيَوْمِ**) بزيادة لفظ (في)؛ (**صَحَّ اتِّفَاقاً**)؛ لأن كلمة (في) للظرف[(٧)] لا لتقدير المدة، فلا يقتضي الاستغراق، فكان المعقود

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) في (أ): (إليه).
(٤) ينظر: الهداية: ٢/٢٧٢، والحاوي القدسي: ٢/٨٣.
(٥) في (ج): (قدم).
(٦) ينظر: فتاوى قاضي خان: ٢/٢٥٣.
(٧) في (أ): (للطرز).

عليه هو العمل وهو معلوم، بخلاف ما إذا حذفت (في) فإنه يقتضي الاستغراق.

(وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضاً عَلَى أَنْ يَكْرُبَهَا[1]، وَيَزْرَعَهَا، أَوْ يَسْقِيَهَا، وَيَزْرَعَهَا؛ صَحَّ) الإيجار[2]؛ لأن المعقود عليه هو الزراعة، وهي لا تأتي إلا بالكراب؛ أي: الحراثة وإثارة الأرض وبالسقي[3] في الأراضي[4] التي تحتاج إليه، فكان ذلك مستحقاً بالعقد، وكلّ شرط هذا شأنه يكون من مقتضيات العقد، فلا يكون مفسداً.

(وَ) لو استأجرها (عَلَى أَنْ يُثَنِّيَهَا) من الإثناء، وهو كراب الأرض مرتين[5]، (أَوْ يُكْرِيَ نَهْرَهَا) من كريت النهر ـ بالفتح ـ كريا (أَوْ يُسَرْقِنَهَا)، من سرقنت الأرض: إذا ألقيت فيها السرقين؛ أي: الزبل الذي يحصل به نماء الزرع[6]، (لَا يَصِحُّ)؛ لأن هذه الشروط لا يقتضيها العقد؛ لأن أثر التثنية وكري[7] النهر وإلقاء السرقين يبقى في الأرض بعد انقضاء مدة الإجارة، والكل مما لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للمؤجر، وما هو كذلك يوجب الفساد، إلا[8] إذا كانت المدة طويلة، فلا يبقى لفعله أثر بعد المدة، أو كان الرّيع[9] لا يحصل إلا به؛ إذ حينئذ يدخل تحت مقتضى العقد.

[ثم قيل: إن المراد بالتثنية المذكورة: أن المستأجر بعد أن يقلع زرعه وتفرغ إجارته يكرب الأرض ثانياً، ويردها مكروبة، وهو فاسد، وقيل: المراد أن يكربها المستأجر مرتين قبل أن يزرعها، فإن ذلك يوجب

---

(١) كراب الأرض: أي: حراثتها. ينظر: معجم مقاييس اللغة: ص٨٩١.
(٢) ينظر: البناية: ٣٠٢/١٠، ونتائج الأفكار: ١١٤/٩.
(٣) في (ب): (والسقي).
(٤) في (ج): (بالأراضي).
(٥) ينظر: معجم مقاييس اللغة: ص١٧٢.
(٦) ينظر: المغرب: ص٢٩١، المصباح المنير: ٢٧٢/٢، الصحاح تاج اللغة: ١٦٩٩/٤.
(٧) في (أ): (كبري).
(٨) في: (أ): (لا)، و(إلا) سقط من: (ج).
(٩) في (ج): (الزرع).

نماء الزرع وحسنه في مدة الإجارة وبعدها وهو الصحيح، وكذلك كري النهر؛ أي: حفره وإخراج الطين منه لا تسوية جداول الأرض، فإن التسوية تكون في زمان الإجارة فقط، وكرى النهر الكبير يبقى بعد مضي مدة الإجارة، وهو الغسل][1][2].

(وَكَذَا الِاسْتِئْجَارُ لِلزِّرَاعَةِ بِزِرَاعَةٍ) أخرى، (وَلِلرُّكُوبِ بِرُكُوبٍ، وَلِلسُّكْنَى بِسُكْنَى، وَلِلّبْسِ بِلبْسٍ)؛ يعني: لا يصح الاستئجار على ذلك الوجه عندنا؛ لأنه بيع الشيء بجنسه[3]، وهو ربا غير جائز[4]، بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة، كما إذا أجر أرضاً للزراعة بأرض للبناء، أو دابة للركوب بدابة للحمل ونحو ذلك، فالقياس أن يصح ذلك.

(وَإِنِ اسْتَأجر) الشريك (شَرِيكَهُ أَوْ حِمَارَهُ)؛ أي: حمار شريكه (لِحَمْلِ طَعَام هُوَ لَهُمَا)؛ أي: مشتركاً بينهما؛ (لَا يَلْزَمُ الْأجر) على الشريك المستأجر وحَدهُ ولا[5] على مال الشركة الذي هو بينهما؛ لأن هذا استئجار لعمل لا وجود له؛ لأن الحمل فعل حتى لا يتصور في الشائع، وقال الشافعي[6][7]: فله المسمى (كَرَاهِنٍ اسْتَأجر الرَّهْنَ مِنْ الْمُرْتَهِنِ)، فإنه لا يجوز؛ لأنه مِلْكه، والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجر منه، (وَإِنْ اسْتَأجر أَرْضاً) من مالكها بأجر معلوم مدة معلومة، (وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ)؛ أي: المستأجر (يَزْرَعُهَا)، أو يبني فيها ونحو ذلك من المنافع، (أَوْ) أستأجرها ليزرعها ولكن (لَمْ يُبَيِّنْ مَا يَزْرَعُهَا)؛ لا يصح (إِنْ لَمْ يُعَمِّمْ) بأن قال: ازرع فيها ما شئت، فتكون الإجارة فاسدة؛ لأن الأرض تستأجر[8] للزراعة ولغيرها.

---

(١) من قوله: (ثم قيل: إن المراد) إلى قوله: (وهو الغسل) سقط من: (ج).
(٢) في (ب): (المفسد).
(٣) زيدت: (نسيئة) في هذا الموضع في (أ) و(ب).
(٤) ينظر: العناية: ١١٢/٩، الحاوي القدسي: ٨٤/٢.
(٥) في (ج) سقط الواو من قوله: (ولا).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: التنبيه: ص١٢٤، جواهر العقود: ص٢١٣.
(٨) في (أ): (مستأجر).

وكذلك[١] ما يزرع[٢] فيها مختلف: فمنه ما يضر بالأرض، ومنه ما لا يضر، فكان المعقود عليه مجهولاً، وذلك يؤدي إلى النزاع، (فَإِنْ زَرَعَهَا) بعد ما استأجرها بغير بيان ولا تعميم (وَمَضَى الْأَجَلُ) المضروب للإجارة؛ (عَادَ) الاستئجار (صَحِيحاً، وَلَهُ)؛ أي: لصاحب الأرض (الْمُسَمَّى) من الأجر[٣]، كما في البيع الفاسد بعد القبض والتصرف، وهذا استحسان، وفي القياس لا يجوز، وإليه ذهب زفر[٤]؛ لأن العقد وقع فاسداً، فلا يعود صحيحاً، ووجه الاستحسان: أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد، فينقلب جائزاً كما إذا ارتفعت في حالة العقد، وصار كما إذا سقط[٥] الأجل المجهول قبل مضيه.

(وَإِن اسْتَأْجر حِمَاراً إِلَى مَكَّةَ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ، فَحَمَلَ) عليه (الْمُعْتَادَ) مما يحمله الناس عادة، (فَنَفَقَ) الحمار في الطريق؛ أي: هلك (لَا يَضْمَنُ) المستأجر؛ لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر سواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة، (وَإِنْ بَلَغَ مَكَّةَ) سالماً؛ (فَلَهُ)؛ أي: لصاحب الحمار (الْمُسَمَّى) من الأجر، وهذا أيضاً استحسان كما في مسألة الأرض، وكان القياس: أن يجب أجر المثل، (وَإِنْ اخْتَصَمَا)؛ أي: الآجر والمستأجر في المسألتين (قَبْلَ الزَّرْعِ) في الصورة الأولى، (وَ) قبل (الْحَمْلِ) في الثانية؛ (نُقِضَتْ الْإِجَارَةُ لِلْفَسَادِ)، والفاسد يلزم دفعه، ولكل من العاقدين[٦] والحاكم رفعه؛ لأنه قائم بعد[٧].

❊ ❊ ❊

---

(١) في (ج): (لنا).
(٢) في (ج): (وكذا).
(٣) في (ج): (الأرض).
(٤) ينظر: العناية: ١١٩/٩، والبناية: ٢٠٨/١٠، ولسان الحكام: ص٣٦٤.
(٥) في (أ) و(ب): (أسقط).
(٦) في (ج): (المتعاقدين).
(٧) ينظر: فتح القدير: ١٩٩/٩. والضمير في قوله: (لأنه) عائد للفساد؛ أي: لأن الفساد لا زال قائماً.

[أَحْكَام الْأَجِير وَأَنْوَاعه]

فصل [عقده لبيان حال الأجراء، وبَوَّب له صاحب الهداية[١] وغيره باباً مستقلاً؛ لأن هذا مخصوص بالآدمي وما عداه لغيره، فكان تمييزه عما عداه النسب بشرفه، ثم الأجراء أقسام، وجملتهم منحصرة في نوعين: خاص ومشترك][٢]، أما (**الْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ**) فهو (**مَنْ يَعْمَلُ لِغَيْرِ وَاحِدٍ وَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجر**) بمجرد العقد، بل ليس له أجر (**حَتَّى يَعْمَلَ كَالصَّبَّاغِ**) الذي يصبغ الثياب وغيرها، (**وَالْقَصَّارِ**) الذي يقصرها ويُبَيِّضها[٣] [أ/٣٥١]، فالمعقود عليه في هذه الإجارة[٤] هو عمله المذكور لا منفعة مطلقاً، فيكون له أن يعمل لكل أحد، ولهذا سمي مشتركاً.

(**وَالْمَتَاعُ**) الذي يعمل فيه الأجير المشترك (**فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ لَا يَضْمَنُ إنْ هَلَكَ**)، أو تلف في يده من[٥] غير تعدٍّ عند أبي حنيفة؛ لأنه أمين، وقبضه[٦] بإذن مالكه[٧]، وهو قول الحسن بن زياد وزفر سواء هلك بأمر يمكن التحرز [عنه][٨] أو لا، وهو القياس[٩].

(**وَإِنْ**) ـ وصلية ـ (**شَرَطَ ضَمَانَهُ**) أيضاً لا يُعتبر ذلك الشرط،

---

(١) ينظر: الهداية: ٢/٢٧٤.
(٢) من قوله: (عقده لبيان) إلى قوله: (خاص أو مشترك) سقط من: (ج).
(٣) يبيض الثوب، مقصرة الثياب: المحل الذي تقصر فيه الثياب. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: ٨/٢٣٥.
(٤) في (ج): (الإجارات).
(٥) في (أ): (ضمن).
(٦) في (ب): (أو قبضه) وفي (ج): (إذ قبضه).
(٧) في: (أ): (مالك).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) ينظر: المبسوط: ١٥/١١٥، والغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة: ص١١٦، والمعتصر من المختصر من مشكل الآثار: ١/٣٦٧.

ولا يكون ضامناً (بِهِ يُفْتَى)؛ أي: في هلاك[١] المتاع يُفتى بقول أبي حنيفة بعدم الضمان، هذا نفي لقول بعض المشايخ أنه مضمون إذا شرط الضمان، (وَعِنْدَهُمَا: يَضْمَنُ) الأجير المشترك استحساناً[٢]، (إنْ) هلك المتاع بسبب (أَمْكَنَ التَّحَرُّزُ مِنْهُ)؛ أي: من ذلك السبب الذي تلف به (كَالْغَصْبِ، وَالسَّرِقَةِ)؛ يعني: لو غصب المتاع غاصب أو سرقه سارق من يد الأجير المشترك الصباغ[٣]، أو القصار كان التقصير من جهته بالتهاون في حفظه، فيضمنه (بِخِلَافِ مَا لَا يُمْكِنُ) التحرز عنه (كَالْمَوْتِ وَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ، وَالْعَدُوِّ الْمُكَابِرِ) حتى لو كان الأجير المشترك استؤجر لتعليم العبد أو الدابة، فمات العبد أو نفقت[٤] الدابة، أو وقع حريق عام، فاحترق الثوب في حانوت الصباغ أو القصار، أو هجم السارق بالنهار، فسرقه مكابرة؛ فلا ضمان في هذه المذكورات بالاتفاق[٥]؛ لعدم التقصير من جهته.

[وذكر في العمادية[٦] عن فتاوى قاضي ظهير الدِّين[٧][٨]: أن قوله

(١) في (ج): (فهلاك).

(٢) ينظر: خلاصة الدلائل: ٤٣٥/١، ومختصر القدوري بهامشه الترجيح والتصحيح على القدوري: ص٢٢٤.

(٣) في (ج): (هو الصباغ).

(٤) في (ج): (تعبت).

(٥) في (ج): (اتفاقا).

(٦) العمادية: هو فصول الأحكام لأصول الأحكام يعرف (فصول العمادي) أو (العمادية): وهو لمحمد بن علي أبي بكر، الملقب عماد الدين، ابن صاحب الهداية، وقيل: هو عبد الرحيم بن أبي بكر بن عماد الدين بن أبي بكر علي بن عبد الجليل المزغيناني، الفرغاني، السمرقندي، الحنفي الملقب أبو الفتح، زين الدين فقيه، كان حياً سنة (٦٥١هـ). والأرجح لابن صاحب الهداية. ينظر: أسماء الكتب المتمم لكشف الظنون: ٢٢٦، الجواهر المضية: ٩٩/٢، ومعجم المؤلفين: ٢٠٣/٥، والأعلام، للزركلي: ٣٤٤/٣ وهو مخطوط.

(٧) في (أ): (ظهر الدين).

(٨) ينظر: خليج البحار: ص١٨١.

قول علي[١]، وقولهما عن عمر ﷺ[٢]، فلهذا اختار المتأخرون الفتوى[٣] بالصلح على النصف، وهكذا في الأسرار[٤]، وذكر فيها عن العمدة[٥]: أن قولهما قول علي وعمر، وقوله قول عطاء[٦] وطاووس[٧]، وهما من كبار[٨] التابعين[٩]، فبعضهم أخذوا بقولهما احتشاماً لرأى الأميرين، وبعضهم أفتوا بالصلح عملاً بالقولين، وهو فتوى أئمة سمرقند[١٠]، هذا إذا كانت الإجارة صحيحة، وإن كانت فاسدة لا يضمنه اتفاقاً][١١][١٢].

(وَيَضْمَنُ) الأجير المشترك (مَا تَلِفَ بِعَمَلِهِ اتِّفَاقاً) بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد[١٣][١٤]، وقال زفر: لا ضمان عليه[١٥]، وذلك (كَتَخْرِيقِ الثَّوْبِ) الحاصل (مِنْ دَقِّهِ)؛ أي: [من][١٦] دقّ القصار، (وَزَلَقِ الْحَمَّالِ)؛

(١) ينظر: نصب الراية: ٥/٣٠٤.
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) في (ج): (المفتى).
(٤) ينظر: خليج البحار: ص١٣٢٤.
(٥) في (أ) و(ب): (العدة).
(٦) هو عطاء بن أبي رَبَاح، واسم أبي رَبَاح أسلم القرشي مولاهم المكي، تابعي ثقة فقيه عالم كثير الحديث، انْتَهَت الفَتْوَى إِلَيْهِ وَإِلَى مُجَاهِد في زمانهما، روى عَن أبي هُرَيْرَة وَابْن عَبَّاس وَجَابِر ﷺ وغيرهم، (ت١١٤هـ). ينظر: تهذيب التهذيب: ٧/١٩٩.
(٧) هو طاووس بن كَيْسَان، أبو عبد الرحمٰن الفارسي ثم اليمني، التابعي، الحافظ، الفقيه، من كبار أصحاب ابن عباس ﷺ، (ت١٠٦هـ). ينظر: الطبقات الكبرى لابن سعد: ٥/٥٣٧، طبقات الفقهاء: ٧٣، سير أعلام النبلاء: ٥/٣٨.
(٨) في (أ) و(ج): (كبارات).
(٩) في (ج): (من تابعين).
(١٠) ينظر: خليج البحار: ص١١٨٤.
(١١) من قوله: (وذكر في العمادية) إلى قوله: (لا يضمنه اتفاقاً) سقط من: (ج).
(١٢) ينظر: النتف: ٢/٥٧٤، اللباب: ٣/٢٢٨.
(١٣) في (ج): (الأئمة الثلاثة).
(١٤) ينظر: الحاوي القدسي: ٢/٧٩، الاختيار: ٢/١٢٨.
(١٥) ينظر: تبيين الحقائق: ٥/١٣٥، فتح القدير: ٩/١٢٣.
(١٦) سقط من: (أ).

يعني: إذا استؤجر لحمل شيء وحمله، وزلقت رِجله، وسقط، فتلف ما هو حامله؛ فإنه يضمن بالاتفاق، فإن التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت في المشي، وإن هلك بغير عمله بأن زحمه الناس؛ فلا ضمان عليه عنده خلافاً لهما(١).

(وَانْقِطَاعِ الْحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ الْمُكَارِي)(٢) الحمل(٣) الذي يحمله على الدابة، فإن التلف الحاصل به حصل من تركه التوثيق في شدّ(٤) الحمل، (وَغَرَقِ السَّفِينَةِ مِنْ مَدِّهَا)؛ لأن التلف حصل بعمل غير مأذون فيه، لا إن غرقت من اختلاط الأمواج، (لَكِنْ لَا يَضْمَنُ بِهِ)؛ أي: بمدّ السفينة (الْآدَمِيَّ مِمَّنْ غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ) وإن كان بمدّ السفينة أو سوق(٥) الدابة أو قودها(٦)؛ لأن الواجب(٧) في ذلك ضمان الآدمي، وضمان النَّفْس إنما يجب [بالجناية](٨) ولا يجب بالقود(٩).

(وَلَا يَضْمَنُ فَصَّادٌ وَلَا بَزَّاغٌ لَمْ يَتَجَاوَزْ) العمل الموضع (الْمُعْتَادَ)(١٠) والفصاد والبزاغ واحد، وهو الذي يفجر العرق(١١) ليخرج منه الدم، فإن

---

(١) ينظر: الهداية: ٢/٢٧٤، خلاصة الدلائل: ١/٤٣٦.

(٢) في (ج): (السكارى)، والمُكاري: ـ بتخفيف الياء ـ اسم لمن يستأجر منه من الكراء، وهو الأجرة مصدر كارى. ينظر: معجم مقاييس اللغة: ص٨٩٠، تاج العروس: ٢٩/٣٩٠.

(٣) في (ج): (محمل).

(٤) في (ج): (شدته).

(٥) السَّوْق: هو تسيير الدابة من الخلف. ينظر: جمهرة اللغة: ٢/٨٥٣، وطلبة الطلبة: ص١٢٩.

(٦) القَوْد: جرّ الدابة أو تسييرها من الأمام. ينظر: جمهرة اللغة: ٢/٦٧٧، وتهذيب اللغة: ٩/١٩٤.

(٧) في (أ): (الواهب).

(٨) سقط من: (أ) و(ب).

(٩) في (أ) و(ب): (بالعقد).

(١٠) ينظر: الاختيار: ٢/١٣٠.

(١١) في (أ): (الغرق).

كان في الآدمي فهو الفصاد، وإن كان في الدواب؛ فهو البزاغ[١]، فإذا فصد أو بزغ، ولم يتجاوز الموضع المعتاد؛ فلا ضمان عليه فيما عطب بذلك.

(وَلَوْ انْكَسَرَ دِنٌّ[٢] مِنْ طَرِيقِ الْفُرَاتِ)؛ أي: لو استأجر من يحمل له دناً مملوءاً بالماء من الفرات، فوقع الدن في بعض الطريق، فانكسر؛ (فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ)؛ أي: له أن يضمن[٣] الحمال (قِيمَتَهُ)؛ أي: قيمة الدن (فِي مَكَانِ حَمْلِهِ، وَلَا أجر [لَهُ])[٤]، (أَوْ فِي مَكَانِ كَسْرِهِ، وَلَهُ الْأجر بِحِسَابِهِ)؛ أي: يخير المالك بين أن يضمن الحمال قيمة الدن في الموضع الذي ابتدأ الحمل منه، وحينئذ ليس للحمال أن يأخذ الأجر، وبين أن يضمنه قيمة الدن في الموضع الذي انكسر فيه، لكن للحمال أن يأخذ حصته من الأجر[٥]، بأن يوزع على أجر المسافة، ويعطى له ما يقابل المقدار الذي حمل الدن فيه منها، وقال زفر: لا يضمن إن انكسر[٦].

(وَالْأَجِيرُ الْخَاصُّ) [هو][٧] (مَنْ يَعْمَلُ لِوَاحِدٍ)، ولهذا اشتق له منه لفظه، وهو ما قاله المُصنِّف: (وَيُسَمَّى أَجِيرَ وَحْدٍ)؛ أي: الأجير الخاص، يقال له: أجير [وحد][٨] ـ بالسكون ـ، وقد بين حكمه بقوله: (وَيَسْتَحِقُّ الْأجر بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ مُدَّتَهُ)؛ أي: مدة الاستئجار التي وقع العقد عليها، (كَمَنْ أُسْتُؤْجِرَ لِلْخِدْمَةِ سَنَةً، أَوْ) استؤجر (لِرَعْيِ الْغَنَمِ) مدة معينة بأجرة معينة، [وإنما سمي أجير وحدٍ؛ لأنه لا يمكنه أنَ يعملَ لغير من استأجره؛

---

(١) ينظر: العين: ١٠٣/٧، والمطلع على ألفاظ المقنع: ص٣٢٠.
(٢) الدن: ما عظم من الرواقيد، وهو كهيئة الحب إلا أنه أطول، مستوى الصنعة، في أسفله كهيئة قونس البيضة، وقيل: الدن أصغر من الحب، له عسعس، فلا يقعد إلا أن يحفر له. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: ٢٧٣/٩، ومختار الصحاح: ١٠٨/١.
(٣) في (ج): (يضمنه).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (الأجرة).
(٦) ينظر: المبسوط: ١١٦/١٥، خلاصة الدلائل: ٤٣٦/١.
(٧) سقط من: (ج).
(٨) سقط من: (ج).

لأن منافعه في تلك المدة المعينة صارت مستحقه للمستأجر، والأجر مقابل للمنافع ما لم يمنع من العمل مانع كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل][1].

(وَلَا يَضْمَنُ) الأجير الخاص (مَا تَلِفَ فِي يَدِهِ) هذا إذا كانت الأغنام لواحد[2]، وإن كانت لاثنين[3] أو ثلاثة يضمن، (أَوْ) ما تلف (بِعَمَلِهِ) إذا لم يتعمد الفساد، وذكره في الخانية[4]، أما الأول؛ فلأن العين أمانة في يده؛ لأنه قبضه[5] بإذن المالك، وأما الثاني؛ فلأن المنافع صارت مملوكة للمستأجر، فإذا أمر الأجير بالصرف إلى مِلْكه؛ صح، وصار نائباً منابه، فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعله بنفسه، (وَصَحَّ) عند الثلاثة[6] (تَرْدِيدُ الْأَجِيرِ بَيْنَ نَفْعَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ وَأَيُّهُمَا وُجِدَ؛ لَزِمَ مَا سَمَّى لَهُ)؛ لأن الأجر يجب بالعمل.

ثم إنه صور هذه المسألة بقوله: (نَحْوُ: إنْ خِطْتَهُ فَارِسِيّاً فَبِدِرْهَمٍ، أَوْ رُومِيّاً فَبِدِرْهَمَيْنِ)؛ يعني: لو قال صاحب الثوب للخياط ذلك؛ صح العقد على هذا الوجه بهذا النمط.

[وعقد صاحب الهداية لهذا النوع من الإجارة باباً على حدة، وترجمه بباب: الإجارة[7][8] على أحد الشرطين][9]، وهذا على وجوه: إحداها: مسألة الخياط، والثانية: مسألة الصباغ، وهي ما قال المُصنِّف،

(١) من قوله: (وإنما سمي أجير) إلى قوله: (التمكن من العمل) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: الفتاوى الغياثية: ص١٦٠، فتح باب العناية: ٣٣٨/٣.
(٣) في (أ): (الاثنين).
(٤) ينظر: فتاوى قاضي خان: ٢٤٤/٢.
(٥) في (ب): (ضمنه).
(٦) ينظر: الاختيار: ١٣٢/٢، وخلاصة الدلائل: ٤٣٧/١.
(٧) في (أ) و(ج): (الأجرة).
(٨) ينظر: الهداية: ٢٧٦/٢.
(٩) من قوله: (وعقد صاحب) إلى قوله: (على أحد الشرطين) سقط من: (ج).

(وَإِنْ صَبَغْتَهُ بِعُصْفُرٍ[(١)]؛ فَبِدِرْهَمٍ، وَبِزَعْفَرَانٍ[(٢)]؛ فَبِدِرْهَمَيْنِ)، والثالثة: مسألة سكنى الدار، وهي قوله: (وَإِنْ سَكَنْتَ فِي هَذِهِ) الدار؛ (فَبِدِرْهَمٍ فِي الشَّهْرِ، أَوْ) سكنت (فِي هَذِهِ) الدار الأخرى؛ (فَبِدِرْهَمَيْنِ)، والرابعة: مسألة المكاري، وهي قوله: (وَإِنْ رَكِبْتَهَا)؛ أي: الدابة المستأجرة (إِلَى الْكُوفَةِ فَبِدِرْهَمٍ، أَوْ إِلَى وَاسِطَ[(٣)] فَبِدِرْهَمَيْنِ)، ففي كل هذه يصح العقد، ثم أيهما فعل يستحق الأجر المعين له[(٤)].

(وَكَذَا يَصِحُّ) ترديد الأجر (لَوْ رُدِّدَ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ) أشياء من المنافع (لَا بَيْنَ أَرْبَعَةٍ)، وذلك لأن جواز هذا النوع من الإجارة بالقياس إلى البيع، فما جاز فيه جاز فيها، وخيار التعيين إنما يكون في ثلاثة لا في أكثر، أما الجواز؛ فللحاجة، وأما الاقتصار على الثلاثة؛ [٣٥٢/أ] فلأن الضرورة تندفع بها؛ لاشتمالها على الأعلى والأدنى والوسط[(٥)]، فلا حاجة إلى الزيادة غير أنه يشترط[(٦)] خيار التعيين[(٧)] في البيع دون الإجارة؛ لأن في الأجرة[(٨)] تجب بالعمل، وعنده تتعين[(٩)]، بخلاف البيع[(١٠)]؛ فإن الثمن يجب بنفس العقد، والبيع[(١١)] مجهول.

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص٧٣٥.

(٢) ينظر: خليج البحار: ص٧٣٠.

(٣) واسط: اسم قصرٍ بناه الحَجاج بن يوسف الثقفي بين البصرة والكوفة، وبه سُميت مدينة واسط، وهي اليوم محافظةٌ من المحافظات الجنوبية في جمهورية العراق، مقرها مدينة الكوت. ينظر: معجم البلدان: ٣٤٧/٥.

(٤) ينظر: مختصر القدوري بهامشه الترجيح والتصحيح: ٢٢٧، والاختيار: ١٢٤/٢.

(٥) في (ج): (الأوسط).

(٦) في (أ): (يشرط).

(٧) خيار التعيين: حق العاقد في تعيين أحد الأشياء التي وقع العقد على أحدهما مبهماً خلال مدّة معيّنة. ينظر: الخيار وأثره في العقود: ٥٧٩/٢.

(٨) في (أ): (الإجارة).

(٩) في (ج): (لتعين).

(١٠) في (ج): (البيع فإن البيع).

(١١) في (ب) و(ج): (والمبيع).

(وَلَوْ قَالَ) صاحب الثوب للخياط: (إِنْ خِطْتَهُ الْيَوْمَ فَبِدِرْهَم، أَوْ) إن خطته (غَداً فَبِنِصْفِهِ)؛ أي: بنصف درهم، (فَخَاطَهُ) [الخياط][(١)] (الْيَوْمَ؛ فَلَهُ الدِّرْهَمُ، وَإِنْ خَاطَهُ غَداً؛ فَلَهُ أجر الْمِثْلِ)؛ يعني: صح الشرط الأول، وفسد الثاني (لَا يُجَاوِزُ) به أجر المثل المسمى، وهو (نِصْفَ دِرْهَم)، كذا في الهداية[(٢)]، وهذا يدل على أنه قد ينقص عن نصف درهم، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة.

وفي الكافي: أن له أجر المثل لا ينقص عن نصف درهم، ولا يزاد على درهم[(٣)]، وهذا يدل على أنه قد يزاد على نصف درهم، وهو المذكور في الجامع الصغير[(٤)]، فثبت عن أبي حنيفة روايتان، الأُولى هو الأَولى.

(وَقَالَا: الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ)، وقال زفر والشافعي: الشرطان باطلان[(٥)]، وهو القياس، والدلائل على الوجه الوافي في [الكافي][(٦)].

(وَلَوْ قَالَ) المؤجر للمستأجر: (إِنْ سَكَّنْتَ هَذَا الْحَانُوتَ عَطَّاراً)؛ أي: إن تعاطيت فيه صنعة العطر وبيعه، (فَبِدِرْهَم أَوْ حَدَّاداً)؛ أي: إن صنعت فيه الحدادة (فَبِدِرْهَمَيْنِ) في كل شهر مثلاً، (جَازَ) ذلك العقد عند أبي حنيفة، وأي الأمرين فعل استحق المؤجر [الأجر][(٧)] المسمى له منهما (خِلَافاً لَهُمَا)، فإن عندهما لا يجوز[(٨)].

(وَكَذَا الْخِلَافُ) بينه وبينهما (لَوْ قَالَ): المؤجر لمستأجر دابته: (إِنْ

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: الهداية: ٢/٢٧٦.
(٣) ينظر: الكافي: ل ٢٨٦.
(٤) ينظر: الجامع الصغير: ص٤٤٣.
(٥) ينظر: العناية: ٩/١٣١، والبناية: ١٠/٣٢٥، وكفاية النبيه في شرح التنبيه: ١١/٢٢١، والهداية إلى أوهام الكفاية: ٢٠/٤٣٧.
(٦) سقط من: (أ) و(ب). ينظر: الكافي: ل ٢٨٦.
(٧) سقط من: (أ).
(٨) ينظر: الحاوي القدسي: ٢/٧٦، ونتائج الأفكار: ٩/١٣٧.

ذَهَبْتَ بِهَذِهِ الدَّابَّةِ إِلَى الْحِيرَةِ)[١] ـ بالكسر ـ مدينة بقرب الكوفة[٢]، (فَبِدِرْهَم، وَإِنْ جَاوَزْتَهَا)؛ أي: الحيرة (إِلَى الْقَادِسِيَّةِ[٣] فَبِدِرْهَمَيْنِ)؛ أي: تكون الأجرة في الأول درهماً، وفي الثاني درهمين.

(أَوْ قَالَ): والمسألة بحالها (إِنْ حَمَلْتَ عَلَيْهَا إِلَى الْحِيرَةِ كُرَّ شَعِيرٍ؛ فَبِدِرْهَم، وَإِنْ حَمَلْت كُرَّ بُرٍّ؛ فَبِدِرْهَمَيْنِ)، فالخلاف في هاتين المسألتين كالتي قبلهما، ووجه قولهما: إن المعقود عليه مجهول، وكذا الأجر[٤] أحد الشيئين، وهو مجهول أيضاً، والجهالة توجب الفساد بخلاف الترديد بين خياط الثوب فارسيّاً أو روميّاً كما مر؛ لأن هناك عملين مختلفين، ولكل منهما بدل يقابله مُخالف[٥] للآخر، وبمباشرة العمل ترتفع[٦] الجهالة، وههنا المعقود عليه واحد[٧]، وربما لا يقع بعد التسليم والتخلية، فلا يعلم أي[٨] الأجرين يلزم، فتتمكن الجهالة، ويتحقق الفساد، ووجه قول أبي حنيفة: إنه خيّره بين عقدين صحيحين مختلفين؛ فيصح[٩]؛ لأن سكناه عطاراً غير سكناه[١٠] حداداً، وقد سمى لكل منهما بدلاً، وما فيه

---

(١) الحيرة: مدينة عراقية ـ بالكسر، ثم السكون، وراء ـ: مدينة كانت على ثلاثة أميال من الكوفة، على النّجف، كانت مسكن ملوك العرب في الجاهلية النعمان وآباؤه، وسموها بالحيرة البيضاء؛ لحسنها، وقيل: سميّت الحيرة؛ لأنّ تبعاً لمَّا قَصَد خراسان خلّف ضعفة جنده بذلك الموضع. وقال لهم: حيّروا به، أي أقيموا. ينظر: معجم البلدان: ٢/٣٢٨.

(٢) ينظر: معجم البلدان: ٢/٣٢٨ ـ ٣٣١.

(٣) القادسية: مدينة عراقية، بينها وبين الكوفة خمسة عشر فرسخاً، فتحت في زمن الخليفة عمر بن الخطاب بقيادة سعد بن وقاص ﷺ سنة (١٦هـ)، وتسمى اليوم بالديوانية. ينظر: معجم البلدان: ٤/٢٩١.

(٤) ينظر: الهداية: ٣/٢٤٥، والعناية: ٩/١٣٥.

(٥) في (أ): (فخالف).

(٦) في (أ) و(ب): (ترفع).

(٧) في (ج): (واحد وههنا).

(٨) في (أ): (أن).

(٩) ينظر: الجامع الصغير: ص٤٤٣، وفتح القدير: ٩/١٣٥.

(١٠) في (ج): (وسكناه).

من الجهالة[(١)] يرتفع باختياره [أحدهما][(٢)].

(وَلَا يُسَافِرَ بِعَبْدٍ اسْتَأجرهُ لِلْخِدْمَةِ بِلَا اشْتِرَاطِهِ)؛ أي: السفر؛ لأن خدمته أشق، ومطلق العقد يتناول[(٣)] الخدمة في الحضر، وعليه عُرف الناس إلا إذا شرط[(٤)] وقت الإجارة أو يكون متهيئاً للسفر وقت الإجارة وعرف بذلك.

(وَلَوْ اسْتَأجر عَبْداً مَحْجُوراً، فَعَمِلَ، وَأَخَذَ الْأجر لَا يَسْتَرِدُّهُ مِنْهُ)، وهذا استحسان[(٥)]، والقياس: أن لا يجوز ذلك، ولا يصح إعطاؤه الأجر؛ لمكان الحَجْر وعدم رضا المولى به، ووجه الاستحسان: أن الإجارة صحيحة، والأجر يجب على تقدير الفراغ من العمل؛ لأن ذلك تصرف نافع للمولى على تقدير سلامة [العبد][(٦)] صار له على تقدير هلاكه، والنافع مأذون فيه دلالة لقَبُول الهبة، وإذا كان ذلك جائزاً كان العبد قابضاً حق نفسه، فلا يكون للمستأجر الرجوع فيه.

(وَلَوْ أجر الْعَبْدُ الْمَغْصُوبُ نَفْسَهُ) وأخذ الأجر، ثم أخذه الغاصب منه، (فَأَكَلَ غَاصِبُهُ أجرهُ؛ لَا يَضْمَنُهُ) الغاصب ذلك الأجر لمولى العبد عند أبي حنيفة، (خِلَافاً لَهُمَا)، فإن عندهما: يضمن الغاصب ذلك الأجر؛ لأنه أكل مال المالك بغير إذنه بناءً على أن الإجارة وقعت صحيحة، فيكون بدلها للمولى.

ولأبي حنيفة: إن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز، وهذا ليس بمحرز في حق[(٧)] الغاصب، وذلك لأن العبد لا يحرز نفسه، فكيف يحرز المال الذي في يده[(٨)]؟!.

---

(١) في (ج): (الجهلة).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (أ): (يتناوله).
(٤) في (ج): (اشترط).
(٥) ينظر: الحاوي القدسي: ٧٨/٢، ودرر الحكام: ٢٣٧/٢.
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (ب): (يد).
(٨) ينظر: فتح القدير: ١٣٩/٩، ودرر الحكام: ٢٣٩/٢.

(وَمَا وَجَدَهُ سَيِّدُهُ أَخَذَهُ)؛ يعني: إن وجد المولى الأجر قائماً بعينه أخذه أينما وجده؛ لأنه وجد عين ماله.

(وَقَبْضُ الْعَبْدِ أجرهُ صَحِيحٌ)؛ يعني: يجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعاً؛ لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ سالماً.

(وَلَوْ أجر) المولى (عَبْدَهُ هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ) للخدمة أو لعمل معين، وشرط في الأجرة أن يكون (شَهْراً بِأَرْبَعَةٍ وَشَهْراً بِخَمْسَةٍ) من الدراهم أو[1] غيرها، لكن لم يعين أي شهر بأربعة وأي شهر بخمسة؛ (صَحَّ) الإيجار، (وَ)الشهر (الْأَوَّلُ) يكون (بِأَرْبَعَةٍ)، والثاني بخمسة من غير عكس، وإنما جاز ذلك بحكم الإطلاق؛ لأن الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز، وإذا كان ذلك كذلك؛ فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة.

وثمرة [هذا][2]: تظهر فيما إذا وجد مانع عن استيفاء المنفعة في الشهر الأول، وزال المانع في الآخر، فإنه يلزم خمسة، وإن وجد المانع في الآخر دون الأول يلزم أربعة[3].

(وَلَوْ اسْتَأجر عَبْداً فَأَبَقَ) عند المستأجر، (أَوْ مَرِضَ فَادَّعَى) المستأجر (وُجُودَهُ)؛ أي: وجود المانع المذكور من الإباق أو المرض (أَوَّلَ الْمُدَّةِ، وَ) ادعى (الْمَوْلَى وُجُودَهُ)؛ [أي][4]: الإباق أو المرض (قُبَيْلَ الْإِخْبَارِ بِسَاعَةٍ حُكِّمَ الْحَالُ)؛ يعني: إن المستأجر ادعى أن العبد أبق أو مرض في أول المدة واستمر إلى وقت الإخبار، وأنكر وجوب الأجرة [عليه،

---

(١) في (ج): (و).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) ينظر: مختصر القدوري بهامشه الترجيح والتصحيح: ص٢٢٨، وكنز الدقائق: ص٥٥٥.

(٤) سقط من: (ج).

والمالك ادعى لزوم الأجرة][1]، وإن ذلك المرض أو[2] الإباق إنما وجد قبل[3] زمان الإخبار بساعة، ولم يبرهن أحدهما، فإنه يحكم بذلك باستصحاب[4] الحال، وهو من الأدلة الشرعية.

(فَإِنْ كَانَ) العبد (حَاضِراً) حين ادعى المستأجر الإباق، (أَوْ صَحِيحاً) حين ادعى المرض (صُدِّقَ الْمَوْلَى)؛ لأن الحال شاهد له (وَإِلَّا)؛ أي: وإن لم يكن كذلك، وإن كان آبقاً حينئذ أو[5] مريضاً، (فَالْمُسْتَأجِر) يصدق لشهادة[6] الحال[7]، وهذا الذي يقال له: إبقاء[8] [ما][9] كان على ما كان؛ لأنهما اختلفا في أمر محتمل، فيرجح بحكم الحال[10]؛ إذ هو دليل على قيامه من قبل، وهو يصلح مرجحاً، وإن لم يصلح حجة في نَفْسه.

(وَكَذَا الِاخْتِلَافُ فِي انْقِطَاعِ مَاءِ الرَّحَى وَجَرَيَانِهِ)؛ أي: لو اختلف مستأجر رحى الماء ومالكها، فقال المستأجر: إن الماء انقطع من أول المدة أو[11] من وقت كذا، وأنكر المالك بحكم الحال، فإن كان الماء

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) في (أ): (و).

(٣) في (أ): (قبيل).

(٤) الاستصحاب: وهو الحكم بثبوت الشيء في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول. ينظر: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: ٣/٢٦٢.

(٥) في (أ): (و).

(٦) في (ج): (شهادة).

(٧) في (ب) و(ج): (الحال له).

(٨) في (ج): (أبقا).

(٩) سقط من: (أ) و(ب).

(١٠) الترجيح بحكم الحال: أي: الترجيح بالدليلين الظنيين؛ لأن الترجيح لا يجري بين القطعيات، ولا بين القطعي والظني، وقوله: ليعمل بها، احتراز عن تقوية إحدى الأمارتين على الأخرى لا ليعمل بها، بل لبيان إحداهما أفصح من الأخرى، فإنه ليس من الترجيح المصطلح عليه. ينظر: نهاية السول شرح منهاج الوصول: ص٣٧٤، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: ٣/٣٧١.

(١١) في (أ) و(ب): (و).

حين الدعوى منقطعاً كان القول للمستأجر، وإن كان جارياً كان القول للمالك.

(وَلَوْ قَالَ رَبُّ الثَّوْبِ): للصباغ (أَمَرْتُك بِأَنْ تَصْبُغَهُ أَحْمَرَ، فَصَبَغْتَهُ أَصْفَرَ، وَقَالَ الصَّبْاغَ:) بل (أَمَرْتنِي بِمَا صَبَغْتُ) به؛ (صُدِّقَ رَبُّ الثَّوْبِ)؛ لأن الإذن يستفاد من قبله، فيكون القول له مع يمينه.

(وَكَذَا الِاخْتِلَافُ فِي الْقَمِيصِ، وَالْقَبَاءِ)؛ يعني: لو اختلف الخياط، وصاحب الثوب، فقال صاحب الثوب: أمرتك أن تعمله قباء، وقال الخياط: إنما أمرتني أن أعمله قميصاً، فالقول لصاحب الثوب مع يمينه، (فَإِنْ حَلَفَ ضَمِنَ) صاحب الثوب [أ/٣٥٣] (الصَّانِعَ قِيمَةَ ثَوْبِهِ غَيْرَ مَعْمُولٍ، وَلَا أجر لَهُ، أَوْ أَخَذَ الثَّوْبَ، وَأَعْطَاهُ أجر مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّى)، وقيل: إنه يضمنه ما زاد الصبغ فيه؛ لأنه بمنزلة الغصب.

(وَإِنْ قَالَ رَبُّ الثَّوْبِ: عَمِلْتَ لِي بِلَا أجر، وَقَالَ الصَّانِعُ: بِأجر، فَالْقَوْلُ لِرَبِّ الثَّوْبِ) عند أبي حنيفة، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ): القول (لِلصَّانِعِ إنْ كَانَ حَرِيفاً)[(١)]؛ أي: معاملاً (لَهُ) والحرافة ـ بالكسر ـ اسم من الاحتراف[(٢)]، وهو الاكتساب، وحريف الرَّجل: معامله[(٣)]، (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ): القول (لِلصَّانِعِ إنْ كَانَ مَعْرُوفاً بِعَمَلِهِ بِالْأجر)[(٤)]؛ يعني: إن كان الصانع[(٥)] معروفاً بأنه يعمل تلك الصنعة بالأجرة كالصباغ والخياط فيما تقدم[(٦)] آنفاً، فالقول قوله عند محمد[(٧)]؛ لأن الظاهر شاهد [له][(٨)]؛ لدعواه، فإن مثل

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع: ٧٤/٦، وتبيين الحقائق: ١٤٣/٥.
(٢) في (أ) و(ب): (الحرافة).
(٣) ينظر: تهذيب اللغة: ١٣/٥، ومختار الصحاح: ص٧٠.
(٤) في (ج): هنا زيد قوله: (يعني: إن كان للصانع إن كان معروفاً بعمله بالأجر).
(٥) في (ج): (الصابغ).
(٦) في (ج): (تعدّ).
(٧) ينظر: التنبيه على مشكلات الهداية: ٦٣٠/٥، وخلاصة الدلائل: ٤٤٧/١.
(٨) سقط من: (ج).

ذلك إنما يصبغ ويخيط للناس بالأجر، وقلما يعمل لأحد بغير أجر، فيحمل على ظاهر الحال، ولأبي يوسف: إنه إذا جرت عادته بالعمل لصاحب الثوب بالأجر؛ فإنه يحمل عليه؛ لأن المعتاد كالمنطوق(١).

ولأبي حنيفة: إن المنافع لا تتقوم(٢) إلا بالعقد، وصاحب الثوب ينكر تقوم عمل الصانع؛ لنفيه [العمل](٣) العقد بالكلية، والصانع يدعي ثبوته الموجب لتقوم(٤) عمله، وهو أمر حادث يحتاج ثبوته إلى دليل، وليس ثمة دليل، فكان القول فيه للمنكر مع يمينه، وهو القياس، وعليه الفتوى(٥).

❁ ❁ ❁

بَاب فَسْخ الْإِجَارَة

أي: إبطال عقدها، (تُفْسَخُ بِعَيْبٍ) فيه إشارة إلى أنها لا تنفسخ(٦) إلا بالقضاء أو الرضا، (فَوَّتَ النَّفْعَ)، الجملة صفة (عيب)، (كَخَرَابِ الدَّارِ) المستأجرة (وَانْقِطَاعِ مَاءِ الْأَرْضِ) التي تستغل(٧) بالسقي، (أَوْ الرَّحَى) التي تدور بالماء، فإذا خربت الدار، وانقطع ماء الأرض والرحى؛ تفسخ الإجارة؛ لأن المعقود عليه قد فات، وهي المنافع(٨) المخصوصة من السكنى والاستغلال قبل القبض، فشابه فوت المبيع قبل القبض،

---

(١) هنا قاعدة فقهية: وهي (المعتاد كالمنطوق). ينظر بما في معناها: الفصول في الأصول، للجصاص: ٢٥٨/١.
(٢) في (أ): (لا تتقدم).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (لتقدم).
(٥) ينظر: فتح القدير: ١٤٣/٩، والبحر الرائق: ٦١/٨.
(٦) في (ج): (لا تفسخ).
(٧) في (ج): (تستعمل).
(٨) في (ج): (لنافع).

وموت[(١)] العبد المستأجر.

(أَوْ أَخَلَّ)[(٢)] عطف على (فوت) (بِهِ)؛ أي: بالنفع؛ يعني: تفسخ الإجارة بالعيب سواء كان ذلك العيب فوت النفع بالكلية، أو[(٣)] أخل به[(٤)] بحيث لا[(٥)] يفوت [بالكلية][(٦)]، بل يمكن أن ينتفع به في الجملة (كَمَرَضِ الْعَبْدِ) المستأجر للخدمة (وَدَبَرِ الدَّابَّةِ) المستأجر للركوب، فإنه قد يمكن الانتفاع بهما مع المرض والدَّبَر، وهو بفتحتين: الجراحة في ظهر الدابة[(٧)]، (فَلَوْ انْتَفَعَ) المستأجر (بِهِ)؛ أي: بالعبد أو[(٨)] الدابة حال كونه (مَعِيباً أَوْ أَزَالَ الْمُؤَجِّرُ عَيْبَهُ) بعلاج أو نحوه (سَقَطَ خِيَارُهُ)؛ أي: خيار المستأجر؛ يعني: لم يبقَ له حق الفسخ؛ لأنه قد رضي بالعيب، فيسقط الخيار، ويلزمه تسليم الأجر كما في البيع، فإن المشتري إذا تصرف في المبيع المعيب لزمه الثمن، وسقط حق خياره.

(وَتُفْسَخُ) الإجارة أيضاً (بِالْعُذْرِ) عندنا، (وَهُوَ)؛ أي: العذر (الْعَجْزُ)[(٩)]؛ أي: عَجْزُ المستأجر (عَنِ الْمُضِيِّ) [هي][(١٠)] الثبات (عَلَى مُوجِبِ الْعَقْدِ إِلَّا بِتَحَمُّلِ ضَرَرٍ غَيْرِ مُسْتَحَقٍّ بِهِ،)؛ [أي: بعقد الإجارة، وعند الشافعي: لا تنفسخ عنده بالعذر[(١١)] بناءً على أن بيع المنافع عنده كبيع الأعيان، فكما أن البيع لا ينفسخ إلا بالعيب، فكذلك الإجارة.

---

(١) في (أ): (ومدت).
(٢) زيدت هنا في (ج): (به).
(٣) في (أ): (و).
(٤) في (أ) و(ج): (له).
(٥) في (أ) و(ب): (لم).
(٦) سقط من: (أ).
(٧) ينظر: الصحاح تاج اللغة: ٦٥٣/٢، ومختار الصحاح: ص١٠١.
(٨) في (أ): (و).
(٩) ينظر: الاختيار: ١٤٦/٢.
(١٠) سقط من: (ج) وفي (ب): (أي)
(١١) ينظر: المهذب: ٢٦٣/٢، ومغني المحتاج: ٤٨٣/٣.

[وعندنا][١]: تنفسخ بالأعذار أيضاً][٢]؛ لأن المعقود عليه فيها إنما هو المنافع، وهي إنما تحدث شيئاً فشيئاً، فصار العذر كالعيب الحادث في المبيع قبل القبض، فتفسخ[٣] به، والجامع بينهما عجز العاقد[٤] عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد غير مستحق به، وذلك (**كَقَلْعِ سِنٍّ سَكَنَ وَجَعُهُ بَعْدَمَا اسْتُؤْجِرَ لَهُ**)؛ يعني: لو استأجر جراحاً ليقلع سنه من الوجع، فسكن وجعه؛ بطلت الإجارة، (**وَطَبْخِ لِوَلِيمَةٍ مَاتَتْ عَرُوسُهَا بَعْدَ الاِسْتِئْجَارِ لِلطَّبْخِ لَهَا أَوْ اخْتَلَعَتْ**)، فإن العروس إذا ماتت أو طلقت؛ بطلت الوليمة، ولم يبقَ الاحتياج إلى الطبخ.

(**وَكَذَا**) الحال (**لَوْ اسْتَأجر**) التاجر (**دُكَّاناً لِيَتَّجِرَ**) فيه، (**فَذَهَبَ مَالُهُ**) ولم يبقَ في يده ما يتجر به في الدكان، (**أَوْ أجر شَيْئاً**) من العقارات التي تملكها (**فَلَزِمَهُ دَيْنٌ**) قديماً كان أو حديثاً[٥]، وطلب منه بحيث (**لَا يَجِدُ قَضَاءَهُ**)؛ أي: ذلك الدَّين، (**إِلَّا مِنْ ثَمَنِ مَا أجرهُ، وَلَوْ**) ـ وصلية ـ (**بِإِقْرَارِهِ**)؛ أي: يكون ذلك الدَّين عذراً، ولو كان ثابتاً بإقراره، ففي هذه الصور تفسخ الإجارة؛ لأن في المضي على موجب العقد إلزام ضرر زائد على المستأجر لم يكن مستحقاً بالعقد، وهو قلع السن من غير وجع، وطبخ طعام من غير وليمة، وقضاء أجرة الدكان من غير فائدة، ولزوم الحبس بالدَّين مع القدرة على قضائه من ثمن العقار المستأجر وهو لم يلتزم شيئاً من ذلك، والضرر مرفوع بنص الشارع[٦].

(**أَوْ اسْتَأجر عَبْداً لِلْخِدْمَةِ فِي الْمِصْرِ أَوْ مُطْلَقاً**)، فإن الاستئجار للخدمة

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) من قوله: (أي: بعقد الإجارة) إلى قوله: (بالأعذار أيضاً) سقط من: (ج).

(٣) في (أ): (فتنفسخ).

(٤) في (أ): (العقد).

(٥) في (ب) و(ج): (حادثاً).

(٦) ينظر: مجمع البحرين: ٣٧٨، اللباب: ٢٣٦/٣.

مطلقاً يتقيد بالخدمة في المصر، (فَسَافَرَ)؛ لأنه لا يخلو عن إلزام ضرر زائد، فإنه إذا[١] امتنع عن السفر تضرر هو، وإن سافر بالعبد تضرر هو؛ لأن الخدمة في السفر أشق، (أَوْ اكْتَرَى دَابَّةً لِلسَّفَرِ)، إما للركوب أو للحمل، (ثُمَّ بَدَا لَهُ مِنْهُ)؛ أي: ظهر له رأي[٢] من السفر؛ يعني: ندم عنه؛ لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد؛ لاحتمال كون[٣] قصده سفر الحج، فذهب وقته، أو طلب غريم له، فحضر، أو التجارة، فافتقر، (وَلَوْ بَدَا لِلْمُكَارِي مِنْهُ؛ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ)؛ أي: لا تفسخ[٤] الإجارة بفراغ المكاري عن السفر؛ لأنه يمكنه أن يبعث الدابة مع تلميذه أو أجيره ويعقد هو.

(وَلَوْ مَرِضَ) المكاري (فَهُوَ)؛ أي: المرض (عُذْرٌ فِي رِوَايَةِ) أبي الحسن (الْكَرْخِيِّ) عن أبي حنيفة، وعليه الفتوى[٥]؛ لأنه لا يعرى عن ضرر؛ لأن غيره لا يشفق على دابته مثله (دُونَ رِوَايَةِ الْأَصْلِ)؛ لأنه يمكنه أن يرسل رسولاً يتبع دابته.

(وَلَوْ اسْتَأجر خَيَّاطٌ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ عَبْداً يَخِيطُ لَهُ)؛ أي: للمستأجر ما يبيعه هو من الثياب ويعينه على ما يباشره منها، (فَأَفْلَسَ) الخياط، ويترك ذلك العمل بعد أن استأجر العبد؛ (فَهُوَ عُذْرٌ)، والمراد بهذا: خياطٌ يصنع الثياب من مال نفسه ويبيعها للناس، فهذا[٦] بمعنى[٧] التأخر؛ لأنه يحتاج إلى رأس مال يشتري به البز والأقمشة وغيرها، وإذا أفلس لا يبقى له حاجة إلى العبد، فلو مضى على العقد يتضرر، فتفسخ إجارة[٨] العبد؛ لما مر.

---

(١) في (ج): (إن).
(٢) في (أ): (أي).
(٣) في (أ): (كونه).
(٤) في (ج): (الأصح).
(٥) ينظر: العناية: ١٤٨/٩، والجوهرة النيرة: ٢٧٤/١.
(٦) في (ج): (وهذا).
(٧) في (أ): (بمضى).
(٨) في (ج): (الإجارة).

(بِخِلَافِ خَيَّاطٍ يَخِيطُ) ثياب الناس (بِالْأجر)، فإن هذا ليس له رأس مال سوى الخيط والمخيط والمقراض، فلا يكون جريه على موجب العقد ملزماً ضرراً، فلا وجه للانفساخ فيه.

(وَبِخِلَافِ تَرْكِهِ الْخِيَاطَةَ) قاصداً (لِيَعْمَلَ) متعلق بالترك (فِي الصَّرْفِ)؛ أي: لو أراد هذا الخياط الثاني [أن](١) ينتقل(٢) من الاشتغال بخياطة الثياب إلى الاشتغال بالصرف أو بصنعة أخرى، فلا يعد ذلك عذراً؛ لأنه يمكنه أن يقعد(٣) الغلام الذي استأجره للخياطة في ناحية، ويقعد هو في ناحية أخرى من الحانوت لعمل الصرف.

(وَبِخِلَافِ بَيْعِ) [أ/٣٥٤] المؤجر (مَا أجرهُ) فلو أجر عبداً، ثم باعه، فلا يكون عذراً لفسخ(٤) الإجارة بدون لحوق دَين موجب لبيعه؛ لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على(٥) موجب العقد، وإنما يفوته الاسترباح وهو أمر زائد.

(وَلَوْ اسْتَأجر دُكَّاناً لِيَعْمَلَ الْخِيَاطَةَ، فَتَرَكَهُ لِعَمَلٍ آخَرَ) من الأعمال التي لا تحتاج إلى الدكان، أو يكون في دكان غير دكان الخياطة؛ (فَعُذْرٌ)؛ أي: فذلك عذر [يوجب فسخ إجارة دكان الخياطة؛ لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين، (وَكَذَا لَوْ اسْتَأجر عَقَاراً) دكاناً كان أو داراً، (ثُمَّ أَرَادَ السَّفَرَ)، فذلك عذر](٦) تفسخ به إجارة(٧) العقار؛ لأن المضي على موجب العقد يستلزم المنع عن السفر، أو إلزام الأجر بدون السكنى، وكلاهما ضرر زائد غير ملزم بالعقد.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (الانتقال).
(٣) في (ج): (يقعده).
(٤) في (أ): (عند الفسخ).
(٥) في (ج): (عن).
(٦) من قوله: (يوجب فسخ) إلى قوله: (فذلك عذر) سقط من: (ج).
(٧) في (أ): (بإجارة).

(وَتَنْفَسِخُ) الإجارة بلا حاجة إلى الفسخ (بِمَوْتِ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ عَقْدُهَا لِنَفْسِهِ) هذه الجملة مجرورة المحل[١] على أنها صفة (أحد)، وقال الشافعي: لا ينتقض بالموت؛ لأن المنافع عنده كالأعيان، وبيعها لا يبطل بالموت، فكذا بيع المنافع[٢].

ولنا: إنه لو بقي عقد الإجارة بعد موت أحدهما تصير الأجرة أو المنفعة المملوكة بالعقد لواحد مملوكة لغيره بنفس ذلك العقد، وذلك الغير هو الوارث، فيكون العقد الواحد موجباً لحكمين متباينين؛ لأن ثبوت المِلْك لواحد يقتضي انتفاؤه[٣] لغيره[٤].

وذكر في الذخيرة: إذا استأجر دابة للحج، فمات الآجر[٥] والمستأجر في الطريق؛ كان له ركوبها إلى مكة[٦]، وإذا استأجر أرضاً للزراعة، فزرعها[٧]، ثم مات المستأجر قبل انقضائه[٨] مدة الإجارة كان على ورثته ما سمى من الأجر إلى أن يدرك الزرع؛ لأن الإجارة كما تنقض بالأعذار تبقى بالأعذار[٩]، (فَإِنْ عَقَدَهَا) أحدهما (لِغَيْرِهِ؛ فَلَا) تنفسخ الإجارة بموته؛ لبقاء المستحِق والمستحَق عليه (كَالْوَكِيلِ) آجر أو مستأجر، (وَالْوَصِيِّ)، والأب، (وَمُتَوَلِّي الْوَقْفِ) كذلك.

❊ ❊ ❊

(١) في (ج): (مجرور في المحل).
(٢) ينظر: البيان: ٣٢٢/٧، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٣١٧/٥.
(٣) في (ب): (انتفائه) وفي (ج): (انتفاء).
(٤) في (ج): (عن غير).
(٥) في (ج): (الأجير).
(٦) في (ج): (الأجير).
(٧) في (ج): (تزرعها).
(٨) في (ج): (انقضاء).
(٩) ينظر: المحيط البرهاني: ٥٦٣/٥.

[مَسَائِل مَنْثُورَة فِي الْإِجَارَة]

مسائل منثورة من الإجارة خلت عنها الأبحاث السابقة، (وَلَوْ أَحْرَقَ) المستأجر أو المستعير (حَصَائِدَ أَرْضٍ مُسْتَأجرةٍ أَوْ مُسْتَعَارَةٍ) له بيده، فسرت النار من تلك الأرض إلى ما يجاورها، (فَاحْتَرَقَ شَيْءٌ) له مالية زرعاً كان أو غيره (فِي أَرْضِ غَيْرِهِ لَمْ يَضْمَنْ) المحرق لذلك الغير ما احترق بالسراية؛ لأنه غير متعد في هذا التسبيب[1]، وإن كان متولداً من فعله؛ لأنه لم يكن بقصده، فأشبه حافراً لبئر في مِلْك نفسه.

[وإنما وضع المسألة فيها دون أرض مِلْكه؛ لأنه لمّا لم يضمن هنا، فعدم الضمان بالإحراق في أرضه بالطريق الأولىٰ[2]، والحصائد: جمع حصيدة؛ أي: محصودة، وهو ما يحصد من الزرع والنبت[3]، والمراد بها[4] هنا: ما بقي من أصول القصب المحصود في الأرض، وذكرها اتفاقي؛ إذ لا فرق في الحكم بينها وبين الشوك ونحوه][5].

وقال شمس الأئمة السرخسي: إن عدم الضمان فيما ذكر (إِنْ كَانَتِ الرِّيحُ هَادِئَةً) من هدي، وفي بعض النسخ: هادية بالياء من هدأ بالهمزة، كلاهما[6] بمعنى: سكن[7]؛ يعني: إن كانت ساكنة وقت شروعه في الإحراق، ثم هبَّت بعد ذلك، أو كانت تهب إلى ناحية أخرى، ثم تبدلت، فألقت النار في أرض الجار[8]، (وَإِنْ) كانت (مُضْطَرِبَةً) بحيث تهب إلى

---

(١) في (أ): (السبب).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق: ١٤٧/٥.
(٣) ينظر: العين: ١١٣/٣، وتهذيب اللغة: ١٣٣/٤.
(٤) في (ب): (والمراد والنبت بها).
(٥) من قوله: (وإنما وضع المسألة) إلى قوله: (وبين الشوك ونحوه) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (وكلاهما).
(٧) ينظر: العين: ٧٩/٤، الصحاح تاج اللغة: ٨٣/١.
(٨) ينظر: المبسوط: ١١/١٦.

ناحية الجار، أو كانت تهب تارة إلى هناك وتارة إلى ههنا[١]، (ضَمِنَ) ما احترق بالسراية؛ لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في موضع واحد إذا وجدت ما تعلق به وتحرقه، فكان[٢] كالمتعمد.

(وَلَوْ أَقْعَدَ خَيَّاطٌ أَوْ صَبَّاغٌ فِي حَانُوتِهِ مَنْ يَطْرَحُ عَلَيْهِ الْعَمَلَ بِالنِّصْفِ؛ صَحَّ) ذلك، ويكون الأجر بينهما أنصافاً، الموصول[٣] بصلته مفعول أقعد، ولا تضر الجهالة فيما يحصل، وهذا العقد غير جائز قياساً، وإليه مالَ الطحاوي[٤]؛ لأن أحدهما يَقْبل العمل، ويستأجر الآخر بنصف ما يخرج من عمله، وهو مجهول جائز استحساناً، ووجهه: ما ذكر آنفاً.

(وَكَذَا لَوْ اسْتَأجر جَمَلاً يَحْمِلُ عَلَيْهِ مَحْمِلاً) بفتح الميم الأول[٥] وكسر الثاني، أو[٦] بالعكس: الهودج الكبير[٧] (وَرَاكِبَيْنِ) يقعدان فيه (إِلَى مَكَّةَ) يجوز ذلك استحساناً[٨]، والقياس: أنه لا يجوز، وهو قول الشافعي؛ لجهالة المعقود عليه[٩]؛ لأن المحامل تتفاوت، وذلك يُفضي إلى المنازعة، ووجه الاستحسان: أن المقصود هو الراكب معلوم، والمحمل تابع له، وما فيه [من][١٠] الجهالة مرتفع بالحمل على المحمل المتعارف المعتاد.

ولهذا المعنى أشار المصنِّف بقوله: (وَلَهُ الْمَحْمَلُ الْمُعْتَادُ) وهو

(١) في (ج): (هنا).
(٢) في (ج): (وكان).
(٣) في (ج): (لموصول).
(٤) ينظر: مختصر الطحاوي: ص١٣٠.
(٥) في (ج): (الأولى).
(٦) في (ج): (و).
(٧) ينظر: الصحاح تاج اللغة: ٥٢٥/٢، والمحكم والمحيط الأعظم: ١٥٣/٤.
(٨) ينظر: الهداية: ٢٨٢/٢، البناية: ٣٥٦/١٠.
(٩) ينظر: المهذب: ٢٤٧/٢، وكفاية الأخيار في غاية الاختصار: ص٢٩٥.
(١٠) سقط من: (أ).

معروف عند الجمَّالين[١] والمكاريين، وَقَلَّ أن يقع اختلاف في ذلك، (وَإِنْ شَاهَدَ الْجَمَّالُ)، أو[٢] المكاري (الْمَحْمَلَ) الذي يركب فيه؛ (فَهُوَ أَجْوَدُ)؛ لأنه أنفى للجهالة وأقرب إلى تحقيق الرضا، وفي هذه العبارة إشارة إلى عدم لزوم الرؤية بعد أن يكون معتاد الاستعمال.

(وَإِنْ اسْتَأجرهُ)؛ أي: المسافر الجمل (لِحَمْلِ زَادٍ) مُعيّن، وهو ما يعده المسافر للأكل، ويدخل فيه وعاء الماء الذي يشرب، وإذا حمل، (فَأَكَلَ مِنْهُ)؛ أي: من الزاد في الطريق؛ (فَلَهُ رَدُّ عِوَضِهِ)؛ أي: جاز له أن يرد مقدار ما أكل من الطعام وما شرب من الماء إلى موضعه؛ لأنه يستحق حمل مقدار مسمى[٣] في جميع الطريق، فله أن يستوفيه، وكذا غير الزاد من المكيل والموزون إذا نقص منه شيء بأي وجه كان له أن يرد مقداره[٤] إلى[٥] [الحمل][٦] عملاً بالإطلاق[٧].

(وَلَوْ قَالَ) المغصوب منه (لِغَاصِبِ دَارِهِ) أو حانوته أو غيره مما يؤجر: (فَرِّغْهَا)؛ أي: أزل يدك عنها وأخلها، (وَإِلَّا فَأجرهَا) عليك (كُلَّ شَهْرٍ) أو[٨] كل[٩] يوم (كَذَا) قل أو كثر، قوله: أجرها مبتدأ كذا أجره، (فَلَمْ يُفَرِّغْ) الغاصب، واستمر على التصرف في المغصوب مقراً بأنه له، (فَعَلَيْهِ الْمُسَمَّى)؛ لأنه عين الإجارة، والغاصب التزمه دلالة، فانعقد بينهما عقد إجارة.

---

(١) الجمَّالين: أي: أصحاب الجمال. ينظر: الصحاح: ١٦٦١/٤.
(٢) (أو) سقط من: (أ) و(ب).
(٣) في (ج): (ما سمي).
(٤) في (ج): (مقداراً).
(٥) في (ج): (الي).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: الهداية: ٢٨٢/٢، الاختيار: ١٤٠/٢.
(٨) في (ج): (وكذا).
(٩) في (ج): (وكل).

(فَإِنْ جَحَدَ الْغَاصِبُ مِلْكَهُ)؛ أي: لو أنكر أن تكون الدار مِلْك القائل عند قوله ذلك، (أَوْ لَمْ يَجْحَدْ لَكِنْ قَالَ: لَا أُرِيدُهَا بِالْأجر، فَلَا) يلزمه المسمى؛ لأنه لم يحصل منه القَبُول لما أوجبه المالك بل رده، فلم يتم العقد.

(وَإِنْ) - وصلية - (بَرْهَنَ) المالك (عَلَى مِلْكِهِ بَعْدَ جَحْدِهِ)؛ أي: لو قال الغاصب ذلك لم يلزمه ما قال رب[1] الدار سواء برهن على أنها مِلْكه أو سكت؛ لأنه بذلك القول رد إيجاب المالك، فلم يحصل العقد، [وما][2] لم يتحقق عقد الإجارة صريحاً أو ضمناً لا[3] يلزم المُسَمَّى.

(وَمَنْ أجر مَا اسْتَأجرهُ بِأَكْثَرَ) من الأجر الذي بذله (يَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ)؛ لأنه حصل[4] بسبب خبيث[5]، وهو التصرف في مِلْك الغير بغير إذنه[6]، وعند الشافعي: يطيب له الأجر[7]، (وَتَصِحُّ الْإِجَارَةُ) حال كونها (مُضَافَةً) إلى الزمان المستقبل، (وَكَذَا فَسْخُهَا) بأن قال: إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك هذه الدار بكذا، أو إذا جاء رأس الشهر فقد فسخت الإجارة.

(وَ)تصح (الْمُزَارَعَةُ)[8] أيضاً بالإضافة إلى المستقبل بأن قال: دفعت أرضي [أ/٣٥٥] هذه إليك مزارعة إذا جاء رأس الشهر، (وَ)كذا

---

(١) في (ج): (صاحب).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (ولا).
(٤) في (ج): (جعل).
(٥) في (ج): (خبث).
(٦) ينظر: الآثار لمحمد بن الحسن الشيباني: ٦٥٧/٢، وفتح باب العناية: ٣٤٣/٣.
(٧) هذا إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى. ينظر: جواهر العقود: ص٢١٣.
(٨) المزارعة: هو معاقدةٌ على الزرع بين صاحب الأرض وبين المزارع، على أن يقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد. ينظر: طلبة الطلبة: ص١٤٩، والتعريفات الفقهية: ص٤٨٠.

(الْمُعَامَلَةُ)؛ أي: المساقاة[١]، بأن قال: دفعت[٢] كرمي هذا إليك معاملة إذا جاء رأس الشهر، (وَالْمُضَارَبَةُ) بأن قال لزيد: إذا جاء فلان فاقبض هذا المال واعمل به مضاربة، (وَالْوَكَالَةُ)[٣]؛ أي: التوكيل بأن قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت وكيلي، (وَالْكَفَالَةُ)[٤] بأن قال: إذا جاء رأس الشهر فما ذاب[٥] لك على فلان فعليَّ، (وَالْإِيصَاءُ)؛ أي: جعل الغير وصيّاً[٦] بأن قال: إذا مت فأنت وصيّي، (وَالْوَصِيَّةُ) هي التمليك المضاف إلى ما بعد الموت[٧] بأن قال: إذا مت، فثلث مالي لفلان، (وَالْقَضَاءُ)؛ أي: تفويضه بأن قال الإمام: إذا جاء رأس الشهر؛ فأنت قاضٍ ببلدة فلانية.

(وَ)كذا (الْإِمَارَةُ)[٨] بأن قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت أمير ببلدة فلانية، (وَ)كذا (الطَّلَاقُ)[٩] بأن قال لامرأته: إذا جاء رأس الشهر، فأنتِ

---

(١) في (ج): (المساقات). المساقاة: هي معاقدةٌ على دفع الشجر والكروم إلى من يصلحها بجزء معلوم من ثمرها. ينظر: تبيين الحقائق: ٢٨٤/٥، ودرر الحكام: ٣٢٨/٢.

(٢) في (أ): (وقعت).

(٣) الوكالة: إقامة الغير مقام النفس فيما يقبل النيابة من التصرفات، فهي عبارة عن تفويض تصرفٍ إلى الغير ليفعله في حياته بشرائط خاصة. ينظر: تبيين الحقائق: ٢٥٤/٤، وتحفة المحتاج: ٢٩٤/٥.

(٤) الكفالة: ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وقيل: في الدَّين. ينظر: العناية: ١٦٣/٧، البناية: ٤١٩/٨.

(٥) في (ج): (فماذا). فما ذاب: أي: عليه المال. ينظر: تهذيب اللغة: ١٨/١٥، وطلبة الطلبة: ص١٤٠.

(٦) ينظر: شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم: ٧١٩٠/١١، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: ص٣٤٣.

(٧) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه: ص٢٤٠، والتعريفات الفقهية: ص٥٤٤.

(٨) الإمارة: بالكسر، الولاية، وبالفتح العلامة، وعُرفاً: ما يلزم من العلم به الظن بوجود المدلول. ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف: ص٦١، ودستور العلماء: ١٢١/١.

(٩) الطلاق: عبارة عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بألفاظ مخصوصة. ينظر: العناية: ٤٦٣/٣، والبناية: ٢١٨/٥.

طالق، لا تطلق حتى يجيء الشهر، (وَ)كذا (الْعِتْقُ)[١] إذا[٢] قال لعبده: إذا جاء رأس الشهر فأنت حر، (وَ)كذا (الْوَقْفُ)[٣] بأن قال: إذا جاء رأس الشهر فهذا وقف لك.

(لَا الْبَيْعِ)؛ أي: لا يصح البيع بالإضافة بأن قال: إذا جاء غد فقد بعت هذا منك[٤]، (وَإِجَازَتِهِ)[٥] بأن باع فضولي عند رجل فقال المالك: إذا جاء غد فقد أجزت، (وَفَسْخِهِ)؛ أي: فسخ بيع الفضولي بأن قال المالك: فسخت هذا البيع غداً، (وَالْقِسْمَةِ) بأن قال: إذا جاء غد قاسمت على كذا، (وَالشَّرِكَةِ)[٦] بأن قال: إذا جاء فلان فقد شاركتك في كذا، وَقَبِل الآخر، (وَالْهِبَةِ) بأن قال: إذا جاء غد فقد وهبتك هذا وقبل الآخر، (وَالنِّكَاحِ)[٧] بأن قال: زوجت بنتي لك غداً، (وَالرَّجْعَةِ)[٨] بأن قال: للمعتدة إذا جاء غد فقد راجعتك، (وَالصُّلْحِ عَنْ مَالٍ) بأن قال: إذا جاء

---

(١) العتق: هو إثبات القوة الشرعية للمملوك. ينظر: وتبيين الحقائق: ٦٧/٣، ودرر الحكام: ٢/٢.

(٢) في (ج): (بأن).

(٣) الوقف: عبارة عن حبس العين على مِلْك الواقف، والتصدق بالمنافع على الفقراء مع بقاء العين. ينظر: المبسوط: ٢٧/١٢، أنيس الفقهاء: ص٧٠.

(٤) لأن البيع يشترط فيه أن يكون منجزاً، لا تجوز إضافتها إلى الزمان المستقبل؛ لأنها لا تملك. ينظر: تبيين الحقائق: ١٤٩/٥.

(٥) الإجازة: أجاز العقد؛ أي: جعله جائزاً نافذاً، وذلك بإظهار الحق موافقته على إمضاء العقد بكلِّ قول وفعل يبنى عن ذلك. ينظر: التعريفات الفقهية: ص١٥٩، وردّ المختار: ١٤٠/٤.

(٦) الشركة: عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يفرق أحد النصيبين عن الآخر. ينظر: طلبة الطلبة: ص٩٩، أنيس الفقهاء: ص٦٨.

(٧) النكاح: عبارة عن ضم وجمع مخصوص وهو الوطء؛ لأن الزوجين حالة الوطء يجتمعان، وينضم كل واحد إلى صاحبه حتى يصيرا كالشخص الواحد. ينظر: الاختيار: ٣٣/٣، أنيس الفقهاء: ص٥٠.

(٨) الرجعة: رد الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التي كانت عليها. ينظر: الاختيار: ١٩٥/٣.

غد فقد[١] صالحتك على كذا، وقيد بقوله: (عن مال)؛ لأنه لو كان عن دم العمد[٢] يصح، (وَإِبْرَاءِ الدَّيْنِ) بأن قال: إذا جاء غد فقد أبرأتك عن الدَّين[٣].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) في (ج): (فقد أبرأتك).
(٢) في (أ): (عدم العمل).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: ١٤٨/٥، وفتح باب العناية: ٣٤٣/٣.

كِتَابُ الْمُكَاتَبِ

هو اسم مفعول من كاتب مكاتبة، وأصله من الكَتْبِ، وهو في اللغة: الجمع، وكذا الكتابة، ومنه الكتاب؛ لجمعه الفصول والأبواب[(١)]، وفي الشرع ما بينه المصنِّف بقوله: (الْكِتَابَةُ) [مصدر كتب][(٢)]: (تَحْرِيرُ الْمَمْلُوكِ) سواءً كان قنّاً أو أم ولدٍ أو مدبراً (يَداً فِي الْحَالِ، وَرَقَبَةً فِي الْمَآلِ)[(٣)]؛ أي: في المستقبل؛ أعني[(٤)]: عند أداء المال؛ لأن المكاتب لا يتحرر رقبةً إلا إذا أدى بدل الكتابة، وأما في الحال؛ فهو حر من جهة اليد فقط، وهي جائزة مندوبة[(٥)] على طريق الاستحباب؛ لقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، [هذا الأمر ليس للإيجاب بالإجماع[(٦)]، والمراد بالخير: أن لا يكون بعد العتق غاوياً يضر المسلمين[(٧)]، فإن كان المولى يعلم من عبده أنه يضرهم؛ فالأفضل إبقاؤه في الرق، وسُمي هذا العقد: كتابة ومكاتبة؛ لأنه لا يخلو عادة عن مكاتبة وثيقة بين العبد والمولى، قوله: (يداً ورقبة) تمييز عن النسبة الإضافية، أو

(١) ينظر: العين: ٣٤١/٥، ومعجم مقاييس اللغة: ص٨٨٥.
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ٤١٩/٥، وكنز الدقائق: ص٥٥٨، والبحر الرائق: ٧٢/٨.
(٤) في (ج): (أي).
(٥) في (ج): (منوبة).
(٦) ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع: ١٩٢/٢.
(٧) ينظر: تفسير الطبري: ١٦٧/١٩، وأحكام القرآن للجصاص: ١٨٠/٥.

مفعول مطلق على حذف المضاف، نحو: ضربتُ سوطاً.

وركنها: الإيجاب والقبول؛ لأنها معاوضة، وحكمها: صيرورة العبد أحق بنفسه ومنافع نفسه من سيده، حتى لا يبقى عليه وعلى اكتسابه سبيل، وشرط جوازها: قيام الرق في المحل، ثم إنها تنعقد تارة بصيغة الكتابة، وتارة بما يؤدي معناها.

فأشار إلى الأول بقوله][1]: (فَمَنْ كَاتَبَ مَمْلُوكَهُ، وَلَوْ) كان (صَغِيراً يَعْقِلُ) البيع سالباً والشراء جالباً ـ لو[2] للوصل ـ ذكر هذا احترازاً عن قول الشافعي، فإن كتابة الصغير لا تصح عنده أصلاً؛ لأنه ليس بأهل [له][3][4]، ولنا: إنه إذا كان عاقلاً يكون من أهل القَبُول.

(بِمَالٍ) من جنس ما يصلح مهراً (حَالٍّ) من الحلول؛ أي: معجل نقد كله، [وعند الشافعي: لا تصح بالحال، بل لا بدَّ من أن يكون مؤجلاً منجماً[5] بنجمين؛ أي: شهرين[6]؛ لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل يمكن أن يستقرض، ولنا: قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣]، وهو غير مقيد بالتأجيل، فلا يزاد على النص بالرأي][7].

(أَوْ) مال (مُؤَجَّلٍ)؛ أي: مؤخر كله إلى أجل معلوم نحو: كاتبتك على أن تؤديني بعد سَنَة، أو ستة أشهر كذا، (أَوْ) مال (مُنَجَّم) من التنجيم؛ أي: مؤقت بأزمنة معينة أُخذ من التوقيت بطلوع النجم، [ثم][8] شاع في مطلق التوقيت، (فَقَبِلَ) المملوك ذلك؛ (صَحَّ) عقد الكتابة قياساً؛

---

(١) من قوله: (هذا الأمر) إلى قوله: (إلى الأول بقوله) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (ولو).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه: ١٢/٣٦٣ ـ ٣٦٤، ومنهج الطلاب في الفقه الشافعي: ص١٩٧.
(٥) في (ج): (أو منجماً).
(٦) ينظر: النجم الوهاج: ١٠/٥٣٢، وفتح الوهاب: ٢/٣٠٢.
(٧) من قوله: (وعند الشافعي) إلى قوله: (على النص بالرأي) سقط من: (ج).
(٨) سقط من: (أ).

لاشتماله على الإيجاب والقَبُول من الأهل في المحل؛ وإلى الثاني بقوله: (وَكَذَا)؛ أي: يصح العقد استحساناً، (لَوْ قَالَ) المولى لعبده[١]: (جَعَلْتُ عَلَيْك أَلْفاً تُؤَدِّيهِ نُجُوماً أَوَّلُهَا كَذَا وَآخِرُهَا كَذَا)، وقوله: (فَإِذَا أَدَّيْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ) لا بدَّ منه في هذا القسم لتحصل الكتابة وتخرج المقاطعة[٢]، بخلاف الأول، وأما قوله: (وَإِنْ عَجَزْتَ فَقِنٌّ)، فمما لا حاجة إليه قطعاً (فَقَبِلَ) جواب (لو)، والقياس فيه عدم الصحة؛ لأن ذكر النجوم وعدمه عندنا سيان في الكتابة، فبقي قوله: (جعلت عليك ألفاً تؤديه)، وهو بظاهره مقاطعة، وقوله: (إن أديت إلى آخره)، وهو تعليق لا كتابة، وجه الاستحسان: أن العبرة في العقود للمعاني، وقد وجد ههنا معنى الكتابة، فإن مجموع المذكور معنى الكتابة، وإذا صح عند الإطلاق، فعند التفسير أولى، كذا في الكافي[٣].

(وَلَوْ قَالَ) المولى لعبده: (إِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ أَلْفاً كُلَّ شَهْرٍ مِئَةً فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَهُوَ تَعْلِيقٌ) للعتق بالأداء، وليس بمكاتبة في رواية أبي حفص الكبير[٤]؛ لأن التنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى جعل تفسيراً لها؛ لأنه يدخل في سائر الدين، وقد تخلو الكتابة عنه، فلم يوجد ما يخص به الكتابة، فلا يكون مكاتباً، وهو الأصح، كذا في الزيلعي[٥]، (وَقِيلَ): إنه (مُكَاتَبَةٌ)، هو رواية أبي سليمان الجوزجاني[٦][٧]؛ لأن التنجيم؛ أعني:

---

(١) في (ج): (العبد).
(٢) المقاطعة: وهي دفع أرض لشخص على أن يؤدي مما يخرج منها شيئاً يوجبه الدافع ويقبل به المدفوع إليه، وعادة يكون الدافع هو الإمام. ينظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: ٢/٢١.
(٣) ينظر: الكافي: ل ١٣٢.
(٤) ينظر: العناية: ٩/١٥٩.
(٥) ينظر: تبيين الحقائق: ٥/١٥٢، وفتح القدير: ٩/١٥٩.
(٦) في (ج): (الجرجاني).
(٧) ينظر: الهداية: ٢/٢٨٤. أبو سليمان الجوزجاني: هو موسى بن سليمان، أبو سليمان الجوزجاني، ثم البغدادي، الحنفي، محمد بن الحسن، وأخذ الفقه عنه، من=

قوله: كل شهر كذا يدل على الوجوب بطريق الكتابة، فهو كتابة.

(وَإِذَا صَحَّتْ الْكِتَابَةُ خَرَجَ) على أي وجهٍ كان خَرَجَ المكاتب (عَنْ يَدِ الْمَوْلَى)؛ لما مر أن الكتابة إعتاق يد (دُونَ مِلْكِهِ)؛ أي: لا يخرج عن مِلْك المولى؛ لقوله ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»[(١)]، (فَإِنْ أَتْلَفَ) المولى (مَالَهُ)؛ أي: مال المكاتب[(٢)] (ضَمِنَهُ) المولى ذلك للعبد؛ لأن كسب المكاتب له، فيكون المولى[(٣)] كالأجنبي حتى لا يملك استخدامه؛ ولأنه لو لم يضمنه لتسلط على إتلافه، فلا يقدر على أداء بدل الكتابة، فلا يحصل المقصود.

(وَكَذَا إِنْ وَطِئَ) المولى أمته (الْمُكَاتَبَةَ)؛ لأنه لا يمكن إيجاب الحد لبقاء المِلْك رقبة، فتعين العقر[(٤)]، فيضمنه؛ لأنها بالخروج عن يده صارت أخص بكسبها وأجزائها ومنافعها ليتوصل إلى المقصود بالعقد، وهو الحرية بأداء البدل، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء، (أَوْ جَنَى عَلَيْهَا، أَوْ عَلَى وَلَدِهَا) [أ/٣٥٦] يضمن لها أرش الجناية، ويقتص بمثله من بدل كتابتها؛ لما مر، (وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى قِيمَتِهِ) بأن قال: إن أديت إلي قيمتك فأنت حر، أو كاتبتك على قيمتك (فَسَدَتْ)؛ لأن القيمة مجهولة قَدْراً وجنساً[(٥)]

= مصنفاته: السير الصغير، والصلاة، ونوادر الفتاوى في الفروع الحنفية، (ت٢٠٠هـ). ينظر: الجواهر المضية: ١/١٨٦، ومعجم المؤلفين: ١٣/٣٩، وتاج التراجم: ٧٤، والأعلام: ٨/٢٧٢.

(١) رواه أبو داود، ورواه النسائي وغيره من وجه آخر من حديث عطاء، عن عبد الله بن عمرو بن العاص في حديث طويل، ولفظه: «ومن كان مكاتباً على مئة درهم، فقضاها إلا أوقية، فهو عبد». قال النسائي: هذا حديث منكر، وهو عندي خطأ، وقال ابن حزم: عطاء هذا هو الخراساني، ولم يسمع من عبد الله بن عمرو. ينظر: سنن أبي داود: ٤/٣١، وسنن النسائي: ٧/٣٠٥، والمحلى بالآثار: ٨/٢٣١ - ٢٣٢.

(٢) في (ج): (لمكاتب).

(٣) في (ج): (لمولى).

(٤) في (أ) و(ب): (القصر).

(٥) في (ج): (أو جنسا).

ووصفاً[١]، وذلك جهالة فاحشة فصارت كالكتابة على ثوب أو على دابة غير معينين، (فَإِنْ أَدَّاهَا عَتَقَ)؛ أي: إن علمت قيمته بوجه من الوجوه وأداها العبد إلى المولى؛ فإنه يعتق؛ لأنه أدى البدل.

(وَكَذَا تَفْسُدُ) الكتابة (لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى عَيْنٍ لِغَيْرِهِ) بأن قال: كاتبتك على هذا العبد، وهو لغيره؛ لأنه لا يقدر على تسليم مِلْك الغير، هذا في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي جنيفة: أنها[٢] تصح حتى إذا ملكها وسلمها عتق، وإن عجز رد إلى الرق[٣]، (يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ)، كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين، حتى لو كاتبه على دراهم أو دنانير بعينهما وهما لغيره؛ تجوز؛ لأن النقود لا تتعين في العقود، فيتعلق العتق بدراهم أو دنانير في ذمته، فتجوز.

(أَوْ) لو كاتبه (عَلَى مِئَة) من الدراهم أو الدنانير، (وَيَرُدُّ) مولاه (عَلَيْهِ عَبْداً) أو أمة (غَيْرَ مُعَيَّنٍ)، فتفسد عند أبي حنيفة ومحمد[٤]، كما إذا قال لعبده[٥]: كاتبتك على مئة دينار[٦]، وأدى ذلك منها عبداً، ولم يبين جنسه ولا وصفه؛ فتفسد عندهما، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: تَجُوزُ، وَتُقَسَّمُ الْمِئَةُ عَلَى قِيمَةِ الْمُكَاتَبِ وَ) على (قِيمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ، فَيَسْقُطُ قِسْطُ الْعَبْدِ)؛ أي: ما يقابل العبد الوسط من المئة ،وَالْبَاقِي منها يكون (بَدَلُ الْكِتَابَةِ)، فيصير ـ العبد المقول له ذلك ـ مكاتباً بذلك المقدار[٧]؛ لأن العبد المطلق يصلح بدلاً للكتابة، وينصرف إلى الوسط، وكذلك يصح استثناؤه من البدل،

(١) في (ج): (أو وصفا).
(٢) في (ج): (أي).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: ١٥٣/٥، وفتح القدير: ١٦٦/٩.
(٤) ينظر: العناية: ١٦٧/٩، ونتائج الأفكار: ١٧١/٩.
(٥) في (ج): (لعبد).
(٦) في (ج): (دنانير).
(٧) في (ج): (بمقدار).

وهذا هو الأصل في إبدال العقود[١]، ولأبي حنيفة ومحمد: إن العبد لا يستثنى من الدنانير، وإنما يستثنى قيمته، والقيمة لا تصلح بدلاً، فلا يصح استثناؤها، وإنما قال: غير معين؛ لأنه لو شرط أن يرد عبداً معيناً؛ يصح عندهما أيضاً.

(**وَإِنْ كَاتَبَ الْمُسْلِمُ بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ؛ فَسَدَ**) العقد؛ لأن شيئاً منهما ليس بمال في حق المسلم، فلا يصلح بدلاً لها، (**فَإِنْ أَدَّاهُ عَتَقَ، وَلَزِمَهُ قِيمَةُ نَفْسِهِ**)؛ لوجوب رد الرقبة لفساد العقد، وقد تعذر بالعتق، فيجب أداء القيمة كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع بعد القبض، هذا في ظاهر الرواية، وروي عن أبي حنيفة ومحمد وهو قول زفر: إنه يعتق بأداء قيمة نفسه[٢]، ولا يعتق بأداء ما سُمي، وعند أبي يوسف: بأداء القيمة وبأداء ما سمي أيضاً؛ إذ البدل صورة هو ما سُمي، ومعنى هو القيمة، وعن أبي حنيفة أيضاً: أنه إنما يعتق بأداء ما سُمي إذا قال المولى: إن أديتها فأنت حر؛ لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط.

(**وَالْكِتَابَةُ عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ دَم بَاطِلَةٌ، فَلَا يَعْتِقُ بِأَدَاءِ الْمُسَمَّى**) من الميتة أو الدم، أما بطلان الكتابة؛ فلأن الميتة والدم ليسا بمال أصلاً، ولا[٣] يتصور تملكهما، والكتابة إنما هي بيع العبد من نَفْسه، وهو مال، فلا بدَّ أن يكون بدله كذلك، وأما عدم العتق بأداء المسمى منهما؛ فإنما هو إذا كان على سبيل الكتابة؛ لما بيناه، وأما لو كان على وجه الشرط نحو أن قال المولى: إن أديتَ إليّ ميتة كذا أو دماً كذا فأنت حر، فأداه العبد، فأنه[٤] يعتق.

(**وَتَجِبُ الْقِيمَةُ فِي الْفَاسِدَةِ**)؛ أي: إذا[٥] فسدت الكتابة بأي وجه

---

(١) ينظر: الهداية: ٢٨٦/٢، والعناية: ١٦٧/٩.

(٢) ينظر: المبسوط: ١١/٨، وعيون المسائل: ص٤٠٧.

(٣) في (ج): (فلا).

(٤) في (أ) و(ب): (تمامه).

(٥) في (ج): (إن).

كان؛ لزم العبد أداء قيمته للمولى، لكنه يعتق، [ويبقى][(١)] مديوناً للمولى، (وَلَا تَنْقُصُ عَنْ الْمُسَمَّى)؛ لأنها عقد فاسد، فتجب فيه القيمة بالغة ما بلغت، (وَتُزَادُ عَلَيْهِ)؛ أي: على المسمى؛ يعني: إن كان المسمى في الكتابة الفاسدة أقل من قيمة العبد يلزم عليه أداء قيمته كملاً، وإن كان أكثر من قيمته يلزم أداء المسمى كملاً.

(وَصَحَّتْ) الكتابة استحساناً إذا عقدت (عَلَى حَيَوَانٍ ذُكِرَ جِنْسُهُ فَقَطْ) كالعبد والفرس، (لَا وَصْفُهُ) ونوعه، فلو[(٢)] قال: كاتبتك على فرس أو عبد، فقبل العبد؛ صحت الكتابة، ولو لم يقل في وصف الفرس ونوعه: إنه هملاج[(٣)]، أو عربيّ[(٤)]، ونحو ذلك، ولا في العبد: إنه حبشي، أو خباز، ونحو ذلك، [وعند الشافعي: لا يصح، وهو القياس[(٥)]؛ لأنها معاوضة والجهالة في المعاوضات مفسدة، فأشبه البيع، ولنا: إن مبناها على المسامحة، فلا تفسد بالجهالة اليسيرة][(٦)]، (وَلَزِمَ) العبد إعطاء (الْوَسَطُ) من ذلك الجنس، (أَوْ قِيمَتُهُ)؛ أي: قيمة الوسط، فله الخيار، ويجبر المولى على قَبُول ما أدى.

(وَصَحَّ كِتَابَةُ كَافِرٍ عَبْدَهُ الْكَافِرَ بِخَمْرٍ مُقَدَّرٍ) اعتبر التقدير ليعلم البدل، (وَإِنَّمَا) صحت؛ لأن الخمر في حقهم كالخل في حقنا، (وَأَيٌّ) من المولى والعبد (أَسْلَمَ) قبل الأداء؛ (فَلِلسَّيِّدِ قِيمَتُهَا) على المكاتب؛ لأن المُسْلم ممنوع عن تملك[(٧)] الخمر وتمليكها، وفي تسليم عينه يلزم ذلك، فيكون

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (ولو).
(٣) هملاج وهملج والهملجة: حسن سير الدابة في سرعة وبخترة، والذكر والأنثى نعتهما هملاج. ينظر: العين: ١١٨/٤، تهذيب اللغة: ٢٧٣/٦.
(٤) عربيّ: هو الخيل الذي ليس فيه عِرْق هجين. ينظر: تهذيب اللغة: ٢٢١/٢، والصحاح: ١٧٩/١.
(٥) ينظر: البيان: ٣٨٧/٨، وتحفة المنهاج: ٤١٧/١٠.
(٦) من قوله: (وعند الشافعي) إلى قوله: (الجهالة اليسيرة) سقط من: (ج).
(٧) في (ج): (تلك).

عاجزاً عن تسليم البدل، فيلزمه قيمته، وهو السبيل في تعذر تسليم العين، فيصار إلى القيمة، (وَعَتَقَ بِأَدَاءِ عَيْنِهَا)؛ يعني: لو أن العبد أدى الخمر التي عقد عليها الكتابة بعد إن أسلم أحدهما عتق العبد إذا قبضها السيد؛ لأن الكتابة مشتملة على المعاوضة، وقد جعل عين الخمر عوضاً عن عتق العبد[1].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) ينظر: الحاوي القدسي: ٢/٤٩٥، والاختيار: ٣/٣٥٧.

بَابُ[١] تَصَرُّفِ الْمُكَاتَبِ

وما يجوز له أن يفعله وما لا يجوز له فعله (لَهُ أَنْ يَبِيعَ، وَيَشْتَرِيَ)، بالنقد والنسيئة، وبمحاباة[٢] تفحش؛ لأنه بموجب الكتابة يصير حراً يداً (وَيُسَافِرَ، وَإِنْ) - وصلية - (شَرَطَ) المولى عليه (عَدَمَهُ) استحساناً؛ إذ ربما يحتاج إليه ليحصل البدل، (وَيُزَوِّجَ) المكاتب (أَمَتَهُ)؛ إذ به يمتلك مهرها وتسقط نفقتها، ففيه اكتساب المال، فيدخل تحت العقد، (وَ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ) استحساناً خلافاً لزفر والشافعي، وهو القياس[٣]؛ لأن مآلها العتق، والمكاتب ليس من أهله[٤]، ألا يرى أنه[٥] ليس له أن يعتق عبده على مال، والكتابة في الحقيقة إعتاق على مال.

ووجه الاستحسان: إنه عقد يشتمل على اكتساب المال، فيملكه المكاتب كما يملك تزويج أمته.

ثم إذا كاتب المكاتب عبده (فَإِنْ أَدَّى) الثاني بدل الكتابة (بَعْدَ عِتْقِ الْأَوَّلِ؛ فَوَلَاؤُهُ لَهُ)؛ أي: يكون ولاء الثاني للأول؛ لأن الولاء لمن أعتق

---

(١) في (ج): (كتاب).

(٢) المحاباة: هي النقصان عن قيمة المثل في الوصية، والزيادة على القيمة في الشراء، فلا تقتصر على أنها هي البيع بأقل من القيمة، وتأجيل المعجل أيضاً محاباة، فهي كما يقع في المقدار يقع في التأخير والتأجيل. ينظر: دستور العلماء: ١٥٧/٣.

(٣) ينظر: الهداية: ٢٨٨/٢، وتبيين الحقائق: ١٥٧/٥، والمهذب: ٢٨٧/٢، والبيان: ٣٩٨/٨.

(٤) في (ج): (بأهله).

(٥) سقط من: (ج).

(وَإِنْ) أدى الثاني المال إلى المكاتب الأول (قَبْلَهُ)؛ أي: قبل[١] عتق الأول، (فَلِلسَّيِّدِ) وولاؤه لا[٢] للمكاتب الأول؛ لتعذر جعل المكاتب[٣] معتقاً له؛ لعدم أهلية الإعتاق، فيخلفه فيه أقرب الناس إليه، وهو مولاه، (وَلَيْسَ لَهُ)؛ أي: ليس للمكاتب (أَنْ يَتَزَوَّجَ بِلَا إِذْنِ) سيده؛ إذ فيه[٤] التزام المهر والنفقة، فليس من أسباب الاكتساب، وأما إذا أذن المولى؛ فيجوز؛ لأن المِلْك له.

(وَلَا) أن [أ/٣٥٧] (يَهَبَ) لأحد شيئاً، (وَلَوْ) كانت الهبة (بِعِوَضٍ) - لو[٥] للوصل -؛ لأن الهبة بعوض تبرع ابتداءً، (وَلَا يَتَصَدَّقُ) لكونه تبرعاً قطعاً، والمكاتب ليس من أهله، وليس له مِلْك ليهب أو يتصدق منه (إِلَّا بِيَسِيرٍ) فيهما، وهو قَدْر فلس، ورغيف، وفضة أقل من درهم، فلو أهدى درهماً لا يجوز؛ وذلك الجواز لكونه من ضرورات[٦] الكسب ولوازمه، ومن مَلَك شيئاً يملك ما هو من ضروراته، (وَلَا يَكْفُلُ)؛ أي: ليس له أن يصير كفيلاً بالنَّفْس أو المال؛ لأنه ليس من أسباب الكسب، وقال قاضي خان: لو كاتب عبدين كتابة واحدة على أن[٧] كل[٨] واحد منهما كفيل عن صاحبه؛ جاز استحساناً[٩]، (وَلَا يُقْرِضُ)؛ لأنه تبرع محض، (وَلَا يُعْتِقُ، وَلَوْ) كان إعتاقه (بِمَالٍ)؛ لأنه ضرر محض إذا كان مجاناً، وإذا كان على مال فكذلك؛ لأنه إسقاط للمِلْك عن الرقبة، وإثبات للدَّين في ذمة مفلس مع أنه ليس من صنيع التجار، ولا من لوازم الكسب.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) في (ج): (لمكاتب).
(٤) في (ج): (وفيه).
(٥) في (ج): (ولو).
(٦) في (أ): (ضرورة).
(٧) سقط من: (أ).
(٨) في (أ) و(ب): (كله).
(٩) ينظر: فتاوى قاضي خان: ١/٥٢٦.

(وَلَا يُزَوِّجُ عَبْدَهُ)؛ إذ هو نقص لماليته؛ لكونه شاغلاً لرقبته بالمهر، ولكسبه بالنفقة، بخلاف تزويج الأَمَة؛ لأنه نوع كسبه لاستفادة[1] مهرها به[2]، (وَلَا يَبِيعُهُ مِنْ نَفْسِهِ)؛ لأنه إسقاط للمِلْك عن رقبته وجعله مديونا مع كونه مفلسا، وليس شيء مما ذكر من أسباب الكسب، فلا يملكه المكاتب، (وَالْأَبُ، وَالْوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ كَالْمُكَاتَبِ)؛ يعني: كل تصرف يملكه المكاتب في رقيقه يملكانه[3] في رقيق الصغير، وما لا فلا، فيملكان إنكاح أمته، وكتابة[4] قنّه لا بيعه من نفسه ولا إعتاقه، ولو بمال ولا تزويج عبده؛ لأنه ولايتهما نظرية.

(وَلَا يَمْلِكُ الْمَأْذُونُ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ)؛ لأن الأب والوصي لهما ولاية على الصغير وهي تقتضي النظر، وهما يملكان الاكتساب كالمكاتب، فيملكان ما فيه للصغير نظر، بخلاف المأذون عند أبي حنيفة ومحمد[5]، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَهُ)؛ أي: للمأذون (تَزْوِيجُ أَمَتِهِ) التي اشتراها ليتجر بها[6]، فهو يقيس المأذون على المكاتب، ويعتبره بما إذا أجره نفسه، فإن المكاتب له تزويج أمته، وله أن يؤجر نفسه، فالمأذون له يجوز أن يزوج أمته، وهما يقولان: إن المأذون إنما يملك التجارة، وتزويج الأَمة ونحوه ليس منها.

(وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْمُضَارِبُ، وَالشَّرِيكُ)؛ يعني: أنه عند أبي حنيفة ومحمد: لا يملك شيئاً من التصرفات في الرقيق الذي يتجر به، وعند أبي يوسف: يملكه[7]، والمراد من الشريك: المفاوض[8] والعنان،

---

(١) في (ب): (لانتفاءه).
(٢) في (ج): (نفقتها ووجود مهرها له).
(٣) في (ج): (يملكان).
(٤) في (ج): (أو كتابته).
(٥) ينظر: خزانة الفقه: ص١٥١، وفتح القدير: ١٧٦/٩.
(٦) ينظر: بداية المبتدي: ١٩٤/١، ونتائج الأفكار: ١٨١/٩.
(٧) في (ج): (يملك).
(٨) شركة المفاوضة: هي أن يعقد الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن، =

(وَإِنْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ قَرِيبَهُ وِلَاداً)؛ يعني: أصله وإن علا، وفرعه وإن سفل (دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ)؛ لأن له أهلية أن يكاتب كما مرّ، وإن لم يكن له أهلية أن يعتق، فيصير من يملكه مما ذكر مكاتباً مثله اعتباراً بأهليته تحقيقاً لصلة الرحم بقَدْر الإمكان، (وَلَوْ اشْتَرَى ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ غَيْرَ الْوِلَادِ) كالأخ والعم ونحوهما (لَا يَدْخُلُ)[1] في كتابته [(خِلَافاً لَهُمَا)، فإن عندهما][2] كالأول[3]؛ لأن وجوب صلة الرحم يشتمل القرابة المحرمية، ولهذا يعتق على الحر كل ذي رحم مَحْرم منه، ويجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم، ولا تقطع يده إذا سرق منهم إلى غير ذلك من الأحكام، وله: إن للمكاتب كسباً لا مِلْكاً حقيقة؛ لوجود ما ينافيه وهو الرق، ولهذا إذا اشترى امرأته؛ لا يفسد نكاحه، ويجوز دفع الزكاة إليه، ولو وجد كنزاً إلا أن الكسب يكفي للصلة في الولاد، ألا ترى أن القادر على الكسب إنما تلزمه نفقة الوالد والولد لا نفقة الأخ ما لم يكن موسراً؛ [ولأن القرابة التي ليست بطريق الولاد: كقرابة الأخ والعم متوسطة بين قرابة بني الأعمام في حق الكتابة؛ لقوة الأول، فإن أحد الشريكين إذا أعتق لم يكن للآخر نقضه، وإذا كاتب كان للآخر فسخ الكتابة][4].

(وَإِنْ اشْتَرَى) المكاتب (أُمَّ وَلَدِهِ مَعَ وَلَدِهَا)، بأن تزوج أمة الغير بإذن المولى فولدت له ولداً، ثم كاتبه مولاه، فاشترى زوجته المذكورة مع ولدها منه (دَخَلَ الْوَلَدُ فِي الْكِتَابَةِ) مع أبيه (وَلَا تُبَاعُ الْأُمُّ)؛ لأنها تبع[5]

= وأن يضمن كلّ واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان. ينظر: بدائع الصنائع: ٦١/٦، والمهذب: ١٥٨/٢.

(١) زيدت هنا: في (أ) و(ب): (في كتابته عند أبي حنيفة حتى يجوز له أن يبيعهُ يدخل).

(٢) سقط من: (أ) و(ب).

(٣) ينظر: الهداية: ٢٨٩/٢، وخلاصة الدلائل: ١٠٦/٢.

(٤) من قوله: (ولأن القرابة) إلى قوله: (فسخ الكتابة) سقط من: (ج).

(٥) في (ج): (تتبع).

للولد في عدم البيع؛ بحكم قوله ﷺ: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»[١].

هذا إذا كان اشترى الولد معها، أما لو اشتراها وحدها؛ فقد بينه المصنِّف بقوله: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ) الولد (مَعَهَا) بأن مَلَكها وحدها؛ (جَازَ بَيْعُهَا) عند أبي حنيفة (خِلَافاً لَهُمَا)؛ لأنها أم ولده، وقد صار مالكاً، لها فلا يجوز له بيعها، لكن قول أبي حنيفة هو القياس[٢]، ولو كان الولد معها؛ لأن كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدي، فيتقرر [له][٣]، وبين أن يعجز ويقرر للمولى، فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ؛ أعني: أمومية الولد، بخلاف ما إذا كان الولد معها، فإن ذلك يثبت تبعاً، وكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً، وإن لم يثبت مستقلّاً؟ وبدون الولد لو ثبت كان يثبت مستقلّاً[٤] ابتداءً، والقياس ينفيه[٥]، (وَوَلَدُهُ)؛ أي: ولد المكاتب (مِنْ أَمَتِهِ) التي اشتراها حال كتابته لو وجد فهو (يَدْخُلُ فِي كِتَابَتِهِ) معه؛ لأنه بالدعوى[٦] ثبت نسبه [منه][٧]، فيتبعه في الكتابة سواء كان موجوداً فاشتراه، أو حصل في أيام الكتابة، (وَكَسْبُهُ)؛ أي: كسب (الولد[٨] لَهُ)؛ أي: للمكاتب؛ لأن الولد كسبه، فكسب الولد كسب كسبه.

(وَلَوْ زَوَّجَ) الرَّجل (أَمَتَهُ مِنْ عَبْدِهِ، ثُمَّ كَاتَبَهُمَا) معاً، (فَوَلَدَتْ) ولداً حال الكتابة؛ (يَدْخُلُ) هذا (الْوَلَدُ فِي كِتَابَةِ الْأُمِّ)؛ أي: يتبعها ويصير مكاتباً مثلها (وَكَسْبُهُ لَهَا) لا لأبيه؛ لأن تبعية الأم أرجح، ولهذا يتبعها في

---

(١) رواه ابن ماجه وغيره، وصحح إسناده ابن حزم، وغيره. ينظر: سنن ابن ماجه: ٨٤١/٢، وسنن الدارقطني: ٢٣١/٥، والمستدرك: ٢٣/٢، والسنن الكبرى، للبيهقي: ٥٧٩/١٠، والمحلى: ١٨/٩، ونصب الراية: ٢٨٧/٣، والدراية: ٨٧/٢.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق: ١٥٩/٥، ودرر الحكام: ٢٧/٢.

(٣) سقط من: (ب).

(٤) قوله: (وبدون الولد لو ثبت كان يثبت مستقلاً) سقط من: (ج).

(٥) في (ج): (بنفيه).

(٦) في (ج): (بالدعوة).

(٧) سقط من: (أ).

(٨) في (أ): (لولد).

الحرية والرق؛ لأنه جزؤها قبل انفصاله عنها وبعده يتغذى من ثديها، فجزئيتُهُ لها أمر ظاهر ثابت نقلاً وعقلاً، وإذا كان كذلك استحقت هي كسبه دون الأب.

(وَلَوْ نَكَحَ مُكَاتَبٌ بِالْإِذْنِ) من مولاه (امْرَأَةً زَعَمَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ) حيث قالت: أنا حرة، (فَوَلَدَتْ) من العبد، (فَاسْتُحِقَّتْ؛ فَوَلَدُهَا عَبْدٌ) ولا يأخذه بالقيمة عند الشيخين[١]؛ لأنه ليس بولد المغرور عندهما، وإن كان ظاهر الحال كذلك، وكذا العبد إذا أذن له مولاه في التزوج، (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ) ذلك الولد (حُرٌّ)؛ لأنه ولد المغرور، (وَتُؤْخَذُ مِنْهُ قِيمَتُهُ)؛ أي: قيمة الولد من أبيه (بَعْدَ عِتْقِهِ)؛ لأنه شارك الحر في كونه مغروراً[٢]، وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا ليكون ولده منها حرّاً، ولهما: أنه مولود بين رقيقين، فهو رقيق؛ وذلك لأنه مقرر أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية لكننا خالفنا هذا القياس في صورة ما إذا كان الأب حراً بإجماع الصحابة[٣]، وهذا المعنى مفقود فيما نحن فيه؛ لأن حق المولى ينجبر هناك بقيمة ناجزة[٤]، وههنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق، فبقي على الأصل، ولم يلحق بولد الحر.

(وَإِنْ وَطِئَ الْمُكَاتَبُ) [أ/٣٥٨] أو المأذون (أَمَةً بِمِلْكٍ)؛ أي: على وجه المِلْك (بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ) بأن اشتراها، فوطئها، (فَاسْتُحِقَّتْ) الأمة (أَخَذَ مِنْهُ عُقْرَهَا فِي الْحَالِ)؛ أي: في[٥] حال الكتابة قبل العتق، (وَكَذَا) الحال (إِنْ شَرَاهَا)؛ أي: لو اشترى المكاتب أمة[٦] في حال الكتابة شراءً (فَاسِداً، فَوَطِئَهَا فَرُدَّتْ) بحكم فساد العقد أخذ منه عقرها في المال، (وَإِنْ وَطِئَهَا بِنِكَاحٍ) بأن تزوجها بغير إذن المولى، (لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ) عقرها (إِلَّا بَعْدَ

---

(١) ينظر: الحاوي القدسي: ٤٩٩/١، كنز الدقائق: ص٥٦١، والشيخان هما أبو حنيفة وأبو يوسف.
(٢) ينظر: الهداية: ٢٩٠/٢، ونتائج الأفكار: ١٨٧/٩.
(٣) ينظر: الهداية: ٢٩٠/٢، وفتح القدير: ١٨٣/٩، والمحلى: ٢٥٠/٨.
(٤) في (ج): (ناجزة أو منجزة).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (أنه).

عِتْقِهِ)، لا في حال الكتابة، وكذلك الحكم في المدبر (وَمِثْلُهُ)؛ أي: مثل المكاتب في الحكم المذكور (الْمَأْذُونُ فِي التِّجَارَةِ).

والحاصل: أن العبد سواء [كان][1] قناً مأذوناً أو مكاتباً أو مدبراً إذا وطئ بحكم مِلْك اليمين؛ يؤخذ منه العقر حالاً، وإذا وطئ بحكم النكاح لا يؤخذ منه العقر إلا بعد أن يعتق، ووجه الفرق: أن الأول[2] من أحكام التجارة، فإن التصرف قد يقع صحيحاً، وقد يقع فاسداً[3]، وهو مسلط عليه من جانب المولى، فيلزمه في حقه كالوكيل، والثاني ليس كذلك، فلا يتعدى إلى حق المولى[4].

❊ ❊ ❊

فصل
في كتابة أم الولد والمدبر وغيرهما

(وَإِذَا وَلَدَتْ الْمُكَاتَبَةُ مِنْ مَوْلَاهَا)؛ فلها الخيار إن شاءت (مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، أَوْ) إن شاءت (عَجَّزَتْ نَفْسَهَا، وَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ)؛ يعني: أنها مخيرة بين أن تمضي على الكتابة وتؤدي البدل، فتعتق قبل موت المولى، وبين أن تعجز نفسها، فتعتق بعد موت المولى، (وَإِذَا مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ؛ أَخَذَتْ مِنْهُ)؛ أي: [من][5] سيدها (عُقْرَهَا) لاختصاصها بنفسها، وبمنافعها، وقد صار المولى بوطئها جانياً[6] عليها، فيلزمه[7] العقر كما لو

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) في (ج): (للأول).

(٣) في: (أ) و(ب): (فاسد).

(٤) ينظر: العناية: ٩/١٨٤، والبناية: ١٠/٤٠٦.

(٥) سقط من: (ج).

(٦) في (ج): (أجانباً).

(٧) في (ج): (فيلزم).

أتلف مالها؛ لأن منافع البضع ملحقة بالأجزاء، والأعيان المضمونة، والمولى كالأجنبي في حق اكتسابها(١) ونفسها.

(وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى) وهي بعد لم تؤد بدل الكتابة (عُتِقَتْ) بالاستيلاد، (وَسَقَطَ عَنْهَا الْبَدَلُ)؛ لأنها صارت حرة، والحر لا يلزمه بدل نَفْسه، (وَإِنْ مَاتَتْ) قبل الأداء، (وَتَرَكَتْ مَالاً؛ أُدِّيَتْ مِنْهُ كِتَابَتُهَا)؛ أي: ما بقي من نجوم كتابتها، (وَمَا بَقِيَ) من المال الذي تركته بعد الأداء؛ فهو (مِيرَاثٌ لِابْنِهَا) إن كان له ابن، أو لمن يرثها جرياً على موجب الكتابة، وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ مَنْ تَلِدُهُ بَعْدَهُ بِلَا دَعْوَةٍ؛ أي: لو كانت ولدت من المولى(٢) كما ذكرنا، ثم ولدت ولداً آخر لا يثبت نسبه من المولى إلا أن يدّعيه؛ لأن وطئها عليه حرام بناءً على ما ذكرنا من اختصاصها بمنافعها بخلاف أم الولد (بَلْ هُوَ مِثْلُهَا فِي الْحُكْمِ)؛ أي: الولد الثاني الذي لم يَدَّعِهِ المولى مثلها؛ لأنه دخل معها في كتابتها كما مر آنفاً.

وحكمه: أنه إذا ماتت أمة من غير وفاء؛ فإنه يستسعي؛ لأنه مكاتب تبعاً كما بيناه، ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه الاستسعاء؛ لأنه في حكم أم الولد؛ إذ هو ابنها، فيكون تابعاً لها فيما ذكر من الحكم.

(وَإِنْ كَاتَبَ) المولى (مُدَبَّرَهُ، أَوْ أُمَّ وَلَدِهِ؛ صَحَّ) ذلك لحاجة كل منهما إلى استفادة الحرية قبل موت المولى، والطريق إلى ذلك بالمكاتبة، ولا تنافي بين الكتابة والتدبير ولا أمومية الولد؛ لأن كلّاً منهما جهته(٣) حرية مستقلة، ولا محذور في اجتماعهما.

(فَإِنْ مَاتَ) المولى (عَتَقَتْ) أم الولد (مَجَّاناً)؛ أي: يسقط عنها بدل الكتابة بالاستيلاد؛ لتعلق عتقها بموت المولى، وتعتق من كل المال، وإنما قلنا: إنها تعتق مجاناً؛ لأنه اجتمع فيها جهتا عتق كما مر أحدهما ببدل

---

(١) في (ج): (اكسابها).

(٢) في (أ): (مولى).

(٣) في (ج): (جهة).

والأخرى بغير بدل، فأيهما سبقت وقوعاً أوجبت حكمها.

(وَالْمُدَبَّرُ يَسْعَى فِي بَدَلِ كِتَابَتِهِ أَوْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ إِنْ كَانَ) المولى (مُعْسِراً) لا مال له غيره؛ يعني: أن المدبر إذا كوتب فمات مولاه قبل أداء بدل الكتابة عتق، لكنه بين أمرين: إما أن يسعى للورثة في بدل الكتابة التي عقدها مع المولى، أو يسعى في ثلثي قيمته إن مات المولى معسراً، أما عتقه فلما ذكرنا آنفاً؛ وأما سعيه فلأنه إنما يعتق من ثلث المال، وعليه أن يسعى في [البقية][1] إذا لم يكن للمولى مال غيره، لكن اختلفوا في مقدار سعيه: فعند أبي حنيفة يسعى في بدل الكتابة تماماً أو ثلثي قيمة نفسه[2]، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: يَسْعَى مِنْ الْأَقَلِّ مِنْ الْبَدَلِ)؛ أي: بدل الكتابة (أَوْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: يَسْعَى فِي الْأَقَلِّ مِنْ ثُلُثَيْ الْبَدَلِ أَوْ مِنْ ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ)[3]، والخيار وعدمه فرع التجزي وعدمه كما مر.

(وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتَبَهُ؛ صَحَّ) ذلك التدبير؛ لأنه طريق آخر للعتق كالكتابة، وقد يكون أخف وأهون مؤنة على العبد، فيكون النظر له فيه، ثم إن شاء اختار الكتابة (وَمَضَى عَلَيْهَا، أَوْ عَجَّزَ نَفْسَهُ، وَصَارَ مُدَبَّراً)؛ لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك، (فَإِنْ مَضَى عَلَيْهَا)؛ أي: أقام على حكم الكتابة، (فَمَاتَ سَيِّدُهُ مُعْسِراً يَسْعَى فِي ثُلُثَيْ الْبَدَلِ، أَوْ) سعى (فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ) عند أبي حنيفة، (وَعِنْدَهُمَا: يَسْعَى فِي الْأَقَلِّ مِنْ ثُلُثَيْ كُلٍّ مِنْهُمَا)، فالمقدار في هذه المسألة؛ أعني: كون السعي في الثلثين فقط متفق عليه بين الثلاثة[4].

(وَإِنْ أَعْتَقَ) المولى (مُكَاتَبَهُ عَتَقَ)؛ لقيام مِلْكه فيه، فيملك إسقاطه عنه، (وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الْكِتَابَةِ)؛ لأنه إنما كان التزمه ليتوصل به إلى العتق، وإذ قد حصل له العتق مجاناً لم يبقَ به حاجة، فلا يلزمه.

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) ينظر: الحاوي القدسي: ٤٩٧/١، واللباب: ٣٣٣/٤.

(٣) ينظر: الاختيار: ٣٥٥/٣، ومختصر القدوري بهامشه الترجيح والتصحيح: ص٤٣٤.

(٤) ينظر: الهداية: ٢٩٣/٢، ونتائج الأفكار: ١٩٤/٩.

(وَإِنْ كُوتِبَ) العبد (عَلَى أَلْفٍ مُؤَجَّلٍ، فَصَالَحَ عَلَى نِصْفِهِ) أو جزء من الألف أكثر أو أقل من النصف (حَالّاً؛ صَحَّ) الصلح استحساناً، وفي القياس: لا يصح[١]؛ لأنه اعتياض عن الأجل بالمال، وهو ليس بمال والدَّين مال، فيلزم الربا، وجه الاستحسان: أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه؛ لأنه لا يقدر على أداء البدل إلا به، فأعطي له حكم المال، وبدل الكتابة مال من وجه دون وجه، ولهذا لا تصح الكفالة به، فاعتدلا[٢]، وصارت الخمسمئة بدلاً عن الأجل، والمال الذي هو دَين على المكاتب هبة ممن عليه الدَّين.

(وَإِنْ مَاتَ مَرِيضٌ كَاتَبَ عَبْداً) له (قِيمَتُهُ)؛ أي: قيمة ذلك العبد (أَلْفٌ) درهم مثلاً، فكاتبه (عَلَى أَلْفَيْنِ) مؤجلاً (إِلَى سَنَةٍ، وَ)الحال أنه (لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ)، وقد أهمل بعضهم هذا القيد، وكون الكتابة في المرض ولا بدَّ منهما، كما لا يخفى (وَلَمْ تُجِزْ الْوَرَثَةُ) [ذلك التأجيل][٣] (أَدَّى الْعَبْدُ) لهم (ثُلُثَيْ الْبَدَلِ)؛ أي: ثلثي الألفين (حَالّاً، وَ) أدى (الْبَاقِيَ) منهما (إِلَى أَجَلِهِ)؛ أي: انتهاء أجله الذي هو سَنَة، (أَوْ رُدَّ) نفسه (رَقِيقاً)؛ يعني: إن العبد[٤] مخير بين أن يؤدي ثلثي البدل حالاً والباقي مؤجلاً، وبين أن يأبى فيسترق لهم، هذا عند الشيخين، (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: يُؤَدِّي ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ)؛ أي: مقدار ثلثي الألف للورثة (لِلْحَالِّ، وَالْبَاقِي) من الألفين مؤخر عليه (إِلَى أَجَلِهِ) المذكور، (أَوْ يُرَدُّ رَقِيقاً)[٥].

والأصل في هذه المسألة: أن الكتابة في مرض الموت بمنزلة الوصية، فإن قبل الورثة ذلك تأخر البدل عنه كله إلى تمام السَّنة اتفاقاً، وإن لم يقبلوا نفذت الوصية في الثلث في حق التأخير على وجه

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: ٥/١٦٣، وفتح القدير: ٩/١٩١.
(٢) في (ج): (واعتدلا).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (القيد).
(٥) ينظر: بداية المبتدي: ١/١٩٥، والهداية: ٢/٢٩٣.

المحاباة[١]، [أ/٣٥٩] ويلزمه السعي في الثلثين اللذين[٢] يخصان الورثة حالاً، لكن المراد[٣] ثلثا[٤] بدل الكتابة عند الشيخين، وثلثا[٥] قيمة العبد عند محمد؛ لأن للمولى أن يترك الزيادة بأن يكاتب العبد على قيمته التي هي ألف، فله أن يؤخرها عنه، ولهما: إن جميع المسمى؛ أعني: الألفين بدل الرقبة بحكم الكتابة، وحق الورثة متعلق برقبة العبد أصالة، ثم ينتقل إلى البدل بحكم الوصية بالكتابة، والتأجيل إسقاط معنى، فيُعتبر من ثلث الجميع أقل من بدل الكتابة.

(وَإِنْ كَاتَبَهُ)؛ أي: المولى عبده (عَلَى أَلْفٍ) مؤجلاً إلى سَنَة (وَقِيمَتُهُ أَلْفَانِ) ولا مال له غيره، (وَلَمْ يُجِيزُوا)؛ أي: الورثة، ذلك التأجيل (أَدَّى) العبد إلى الورثة (ثُلُثَيْ الْقِيمَةِ)؛ أي: ثلثي الألفين (لِلْحَالِّ)، والباقي إلى أجله؛ أعني: تمام السَّنَة (أَوْ رُدَّ إِلَى الرِّقِّ اتِّفَاقاً)[٦]؛ يعني: أنه مُخَيَّر بين الأمرين؛ لأن المحاباة ههنا حصلت في المقدار والتأخير معاً، فينفذ بالثلث لا الثلثين في قولهم جميعاً، فهو قد تبرع بإسقاط أحد الألفين، وتأخير الألف الأخرى، وأما في المسألة السابقة، فإنما وقعت المحاباة في التأخير فقط.

(وَمِثْلُهَا الْبَيْعُ) بصيغة التثنية؛ أي: المحاباة في البيع مثل المحاباة في الكتابة في الصورتين، فالمماثلة للأولى: كما إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف درهم إلى سَنَة، وقيمتها ألف، ثم مات، ولم تجز الورثة، فعند الشيخين يقال للمشتري: أدِّ ثلثي جميع الثمن حالاً، والثلث إلى أجله، وإلا فانقض البيع، وعند محمد: يُعتبر الثلث بقَدْر القيمة لا فيما زاد

---

(١) في (ج): (المحارات).
(٢) في (ج): (المذكورين).
(٣) في (ج): (بمراد).
(٤) في (ج): (ثلثي).
(٥) في (ج): (ثلثي).
(٦) ينظر: العناية: ٩/١٩٣، والبناية: ١٠/٤٢١.

عليه[١]، وصورة المماثلة للثانية: كما إذا باع داره بألف نسيئةً إلى سَنَة، وهي تساوي ألفين، ثم مات، ولم تجز الورثة ذلك، فإنه يقال للمشتري: أدِّ ثلثي الألفين والباقي إلى أجله أو انقض البيع.

(وَإِنْ كَاتَبَ حُرٌّ عَنْ عَبْدٍ) بأن قال لمولاه: كاتب عبدك فلانا (بِأَلْفٍ) على [أني][٢] إن أديتُ إليك الألف فهو حر، وكاتبه المولى على هذا الشرط، (وَأَدَّى) الحرُّ الألف إلى المولى (عَنْهُ؛ عَتَقَ) العبد بحكم الشرط، (وَلَا يَرْجِعُ) الحر (بِهِ)؛ أي: بما أدى من ألف (عَلَيْهِ)؛ أي: على العبد؛ لأنه متبرع في الأداء عنه (وَإِنْ قَبِلَ الْعَبْدُ) حين سمع كلامه قبل أدائه، (فَهُوَ مُكَاتَبٌ)؛ لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقَبُوله إجازةٌ.

(وَإِنْ كَاتَبَ عَبْداً عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ) عَبد (آخَرَ) لمولاه (غَائِبٍ، فَقَبِلَ) المولى ذلك؛ (صَحَّ) العقد (وَقَبُولُ الْغَائِبِ، وَرَدُّهُ لَغْوٌ)؛ لأن العقد نفذ على الحاضر، صورته: أن يقول العبد لمولاه: كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان عبدك[٣] الغائب، فقبل المولى ذلك، فهو صحيح جائز [فيهما][٤] استحساناً، وفي القياس: إنما يصح عن نفسه لولايته[٥] عليها[٦]، ويتوقف في حق الغائب على قوله؛ لعدم ولاية[٧] العاقد عليه، وجه الاستحسان: أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداءً صار أصيلاً، والغائب تبعاً، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها، وعتقوا بأدائها، وليس عليهم من البدل شيء[٨]، فإذا أمكن تصحيح عقد الكتابة على هذا الوجه فيما نحن فيه.

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: ٥/١٦٤.
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (عبد).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (لولاية).
(٦) ينظر: العناية: ٩/١٩٤، وفتح القدير: ٩/١٩٤.
(٧) في (أ): (الولاية).
(٨) سقط من: (ج).

(وَيُؤْخَذُ الْحَاضِرُ بِكُلِّ الْبَدَلِ)؛ لأنه تفرد بالعقد، فللمولى أن يأخذه بكل البدل؛ لأنه عليه أصالة، (وَلَا يُؤْخَذُ الْغَائِبُ بِشَيْءٍ) من البدل؛ إذ ليس عليه دَين الكتابة أصلاً، (وَأَيُّهُمَا أَدَّى) البدل (أُجْبِرَ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ وَعَتَقَا)؛ أي: عتق العبدان معاً بأداء [البدل إلى المولى أيهما كان][١]، أما الحاضر؛ فلأن البدل عليه، وأما الغائب؛ فلأنه ينال شرف الحرية، وإن لم يكن البدل عليه، (وَلَا يَرْجِعُ أحدهُمَا عَلَى الآخر) بما أدى عنه؛ لأن الحاضر قد قضى دَيناً عليه، والغائب يكون متبرعاً بما أدى؛ لأنه غير مضطر فيه[٢]، ولا يرجع المولى على الغائب إن لم يؤدِّ عنه العاقد[٣].

(وَكَذَا لَوْ كَاتَبَهُمَا مَعاً)؛ أي: لو كاتب المولى عبدين له [معاً][٤] كتابة واحدة، يكون الحكم فيهما كما ذكر من أن أيهما أدى، فإنهما يعتقان جميعاً، ويُجبر المولى على القَبُول، ولا يرجع أحدهما على الآخر؛ لأنهما بمنزلة عبد واحد، ويكون المؤدي منهما متبرعاً، (وَلَا يَعْتِقُ أَحَدُهُمَا بِأَدَاءِ حِصَّتِهِ) وحده؛ لما ذكرنا، فلا يعتقان إلا بأداء جميع البدل؛ لأن الكتابة واحدة، وهما كشخص واحد، (بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَا لِاثْنَيْنِ)، فإن كل[٥] واحد منهما يكون مكاتباً بحصة تخصه[٦]، فيعتق بأدائها؛ لأن كل[٧] واحد من المولِيين يستوجب البدل على مملوكه، وليس من لوازمه أداء الآخر، فيعتق المؤدي بالأداء عن نَفْسه بخلاف المسألة الأولى؛ لأن العبدين كشخص واحد، والشخص[٨] الواحد لا يعتق نصفه بأداء نصف البدل.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (به).
(٣) في (ب): (العائد) وفي (ج): (القاعد).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (كلا).
(٦) في (ج): (بحصته تخص).
(٧) في (أ): (كان).
(٨) سقط من: (ج).

(وَلَوْ عَجَزَ أَحَدُهُمَا، ثُمَّ أَدَّى الآخر الْكُلَّ عَتَقَا) كلاهما، صورته: رَجل كاتب عبديه على ألف إلى سَنَة مثلاً، ثم إن أحدهما عجز نفسه، ورد إلى الرق إما بتصالحه[1] مع المولى، أو بحكم القاضي، ولم يعلم العبد الآخر بذلك، أو علم ومع ذلك أدى البدل بالتمام عنه، وعن الآخر عتقا جميعاً؛ لما قلنا أنهما كشخص واحد، والشرط أنه متى وصل البدل إلى المولى يعتقان كلاهما، وقد وجد الشرط، فيقع المشروط، وهو عتق الاثنين، (وَإِنْ كَاتَبَتْ أَمَةٌ عَنْهَا وَعَنْ) ابنين (صَغِيرَيْنِ لَهَا؛ جَازَ؛ وَأَيٌّ) منهم (أَدَّى) بدل الكتابة (أُجْبِرَ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ) منه، (وَعَتَقُوا) كلهم، (وَلَا يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِهِ)؛ لأن الكتابة عقد واحد، والمكاتب على تعدده[2] بمنزلة شخص واحد، وهذا الحكم يمكن تعميمه؛ لما مر من كتابة العبدين وتخصيصه بالأمة وولديها، والأول أصوب، والثاني أقرب[3].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) في (ج): (بتصالح).
(٢) في (أ) و(ب): (تعدوه).
(٣) ينظر: درر الحكام: ٢/٣٠، وفتح القدير: ٩/١٩٦.

بَابُ كِتَابَةِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَ الاِثْنَيْنِ

(وَلَوْ أَذِنَ أَحَدُ شَرِيكَيْنِ فِي عَبْدٍ لِلْآخَرِ أَنْ يُكَاتِبَ حِصَّتَهُ)؛ [أي: حصة][1] الآخر (مِنْهُ)؛ أي: من العبد المشترك (بِأَلْفٍ، وَ)أن (يَقْبِضَ) الشريك المأذون (الْبَدَلَ فَفَعَلَ)؛ أي: كاتب الشريك المأذون حصة نفسه من العبد على ألف، بأن قال للعبد: كاتبتك على حصتي منك بألف إذا أديتها إليّ يكونُ نصيبي منك حراً، فقبل العبد، وأدى بعض البدل لهذا (وَقَبَضَ الْبَعْضَ، فَعَجَزَ الْمُكَاتَبُ) نفسه، ورُدَّ إلى الرق، (فَالْمَقْبُوضُ) يكون (لِلْقَابِضِ خَاصَّةً) عند أبي حنيفة، (وَقَالَا): يكون المقبوض (بَيْنَهُمَا)؛ أي: بين الشريكين على مقدار حصصهما[2].

وهذا الخلاف مبنيٌّ على الخلاف في أن الكتابة تتجزأ عند أبي حنيفة، كالعتق ولا تتجزأ عندهما، فيكون الشريك المأذون قد كاتب عنه وعن شريكه معاً؛ إذ لا يصح كونه مختصاً بحصته؛ لعدم التجزء، وإذا وقعت الكتابة عنهما كان المقبوض بينهما سواء بقي على الكتابة أو عجز، ويكون مكاتباً عن حصته أصالة، وعن حصة الشريك بحكم الإذن وكالة [أ/٣٦٠].

وعند أبي حنيفة: لما كانت الكتابة تتجزأ، كالعتق كان الشريك المأذون له مكاتباً حصته فقط، وما قبض من العبد له خاصة بقي على الكتابة أو ترك، وفائدة الإذن من الشريك الآخر ليس هو التوكيل بكتابة

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: الهداية: ٢/٢٩٥، والحاوي القدسي: ٢/٤٩٧.

حصته؛ إذ لا دليل عليه، ولا هو من لوازم الإذن، بل فائدته أن الإذن لا يبقى له حق فسخ العقد، حتى لو أن الشريك كاتب من غير[(١)] إذن شريكه كان للآخر أن يفسخها.

(أَمَةٌ لِرَجُلَيْنِ كَاتَبَاهَا) فوطئها أحدهما، (فَأَتَتْ بِوَلَدٍ، فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا)، ثم وطئها الآخر، (ثُمَّ[(٢)] أَتَتْ بِوَلَدٍ آخَرَ، فَادَّعَاهُ) الشريك (الآخر، فَعَجَزَتْ) عن المضي على الكتابة وردت إلى الرق، (فَهِيَ أُمُّ وَلَدِ الْأَوَّلِ) منهما؛ لأنها لما ادعى الولد صحت دعوته، لقيام المِلْك فيها، وتقدم الوطء منه، وصدور الدعوة عنه، فيثبت نسب الولد منه[(٣)] بذلك، وصار نصيبه من الأمة أُم ولد له؛ لأن المكاتبة لا تقبل النقل من مِلْك إلى مِلْك، فيقتصر حكم أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة.

(وَضَمِنَ) المستَوْلِدُ[(٤)] (نِصْفَ قِيمَتِهَا)؛ لأنه تملك نصيبه بالاستيلاد (وَنِصْفَ عُقْرِهَا) للثاني لوطئه جارية مشتركة (وَضَمِنَ) الشريك (الثَّانِي تَمَامَ عُقْرِهَا)؛ لأنه وطئ أم الولد للغير حقيقة، فلزمه كمال العقر (وَقِيمَةَ الْوَلَدِ)؛ [يعني: الولد][(٥)] الثاني، (وَهُوَ)؛ أي: هذا الولد، (ابْنُهُ)؛ أي: ابن الشريك الثاني؛ لأنه بمنزلة ولد المغرور؛ لأنه حين وطئها كان ملكه فيها قائماً ظاهراً، وولد المغرور ثابت النسب منه وحرٌّ بالقيمة، كما عرف في محله.

(وَأَيُّهُمَا)؛ أي: أيُّ الشريكين في الأمة المذكورة (دَفَعَ الْعُقْرَ) الذي لزمه بوطئها (إِلَيْهَا)؛ أي: إلى[(٦)] المكاتبة (قَبْلَ الْعَجْزِ جَازَ)، فلا يطالب ثانياً؛ لأن العقر حقها حال قيام الكتابة، فحق القبض ثابتٌ[(٧)] لها؛

---

(١) في (ج): (غيره).
(٢) في (ج): (و).
(٣) في (ج): (عنه).
(٤) المستَوْلِدُ: هو طالبُ الولد من الأمة. ينظر: التعريفات، للجرجاني: ص٢٢، التوقيف: ص٥٠.
(٥) سقط من: (ج)
(٦) في (ج): (لا).
(٧) في (أ) و(ب): (ثابتاً).

لاختصاصها بمنافعها وأبدال منافعها، وإذا عجزت وردت إلى الرق يصير حق القبض للمولى؛ لظهور اختصاصه بمِلْك الرقبة وما يعود إليها، وهذا كله قول أبي حنيفة[١].

(وَعِنْدَهُمَا: لَا يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْ الثَّانِي، وَلَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ، وَحُكْمُهُ)؛ أي: حكم الولد (كَأُمِّهِ، وَيَضْمَنُ) الثاني (تَمَامَ الْعُقْرِ)؛ لأن الأول لما سبق بدعوة الولد الأول؛ صارت الأمة كلها [أم][٢] ولد للأول؛ لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع[٣] ما أمكن، وقد أمكن ههنا، بفسخ الكتابة؛ لأنها قابلة للفسخ[٤]، فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب، ويبقى حكمها فيما وراءه.

(وَيَضْمَنُ الْأَوَّلُ نِصْفَ قِيمَتِهَا مُكَاتَبَةً عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَ) يضمن (الْأَقَلَّ مِنْهُ)؛ أي: من نصف قيمتها، (وَمِنْ نِصْفِ مَا بَقِيَ مِنَ الْبَدَلِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ)؛ يعني: أن الشريك الأول إذا ادعى الولد وصار ابنه، ويقرر كون أمه أم ولده؛ فقد أتلف على شريكه الآخر نصيبه، فيغرمه له، لكنه في قياس قول أبي يوسف يضمن نصف قيمتها مكاتبة؛ لأنه تملك نصيب الشريك منها حال كونها مكاتبة، فيجب عليه ضمانه كما تملكه معسراً كان أو موسراً.

وفي قول محمد: يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة[٥]؛ لأن حق شريكه فيها إما نصف رقبتها إن عجزت وردت إلى الرق، وإما نصف بدل الكتابة[٦] إن بقيت [عليها][٧]، فللتردّد بينهما يجب أقلها.

---

(١) ينظر: العناية: ٢٠٠/٩، والبناية: ٤٣٣/١٠.
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الهداية: ٢٩٦/٢، وفتح القدير: ٢٠٠/٩.
(٤) في (ج): (الفسخ).
(٥) ينظر: الهداية: ٢٩٧/٢، والبناية: ٤٣٦/١٠.
(٦) من قوله: (لأن حق) إلى قوله: (بدل الكتابة) سقط من: (ب).
(٧) سقط من: (ج).

(وَلَوْ لَمْ يَطَأْ الثَّانِي بَلْ دَبَّرَهَا) وهي على[1] كتابتها، ثم إنها لم تمضِ على الكتابة (فَعَجَزَتْ) نفسها عن الكتابة، (بَطَلَ التَّدْبِيرُ) عندهم؛ لأنه لم يكن صادف المِلْك، أما عند أبي يوسف ومحمد فظاهر؛ لأن المستَولِد تملكها قبل ظهور عجزها، وأما عند أبي حنيفة؛ فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيب الشريك من حين الوطء، فالتدبير وقع في مِلْك الغير، وهو يقتضي المِلْك، ويعتمده، بخلاف النسب؛ لأنه يعتمد الغرور[2].

(وَهِيَ)؛ أي: الأمة المكاتبة على هذا التقدير (أُمُّ وَلَدِ الْأَوَّلِ) من الشريكين بحكم الاستيلاد، (وَالْوَلَدُ) الذي ادعاه سابقاً (لَهُ)؛ أي: يحكم للأول باعتبار دعوته إياه؛ لقيام المصحح[3] لها؛ أعني: المِلْك في الجملة، (وَضَمِنَ) لشريكه (نِصْفَ قِيمَتِهَا)؛ لأنه تملك نصفها بالاستيلاد، فيلزمه بدله، (وَ)ضمن (نِصْفَ عُقْرِهَا)؛ لأنه[4] وطئ جارية مشتركة بينهما، فيجب عليه العقر بحسابه.

(وَلَوْ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا)؛ أي: لو أعتق أحد الشريكين الجارية التي كاتباها حال كونه (مُوسِراً، فَعَجَزَتْ) عن الكتابة؛ لا تعود إلى الرق لمكان العتق لكن (ضَمِنَ الْمُعْتِقُ) منهما (نِصْفَ قِيمَتِهَا) للشريك الآخر، (وَيَرْجِعُ) المعتق (بِهِ)؛ أي: بنصف القيمة التي ضمنه لشريكه (عَلَيْهَا)؛ أي: على الأمة عند أبي حنيفة، (خِلَافاً لَهُمَا) فإن عندهما لا يرجع المعتق عليها[5] بما ضمنه لشريكه[6]؛ لأنها لما عجزت عن المضي على الكتابة صارت كأنها قنة كما كانت، وكأن المعتق أعتقها وهي قنة، وحكمها عدم الرجوع

---

(١) (على) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: درر الحكام: ٢/٣٠ - ٣١، وفتح القدير: ٩/٢٠٢.

(٣) في (أ): (الصحح). والمصحح: هو الملك إذا أطلق في الكتابة. ينظر: البناية: ١٠/٤٣٦.

(٤) في (أ): (أنه).

(٥) في (ب): (عليهما).

(٦) ينظر: تبيين الحقائق: ٥/١٦٨، والبحر الرائق: ٨/١٠٦.

عليها عندهما، وهذا الاختلاف من فروع تَجَزُّءِ الإعتاق عنده، وعدم تَجزُّئِهِ عندهما على ما مر بيانه في العتاق.

(**وَإِنْ لَمْ تَعْجَزْ**) الأمة (**فَلَا ضَمَانَ**)؛ يعني: لو لم تعجز وبقيت على الكتابة ـ والمسألة بحالها ـ؛ فلا ضمان على المعتق، ولا سعاية عليها عند أبي حنيفة؛ لأن التدبير والإعتاق يتجزءان عنده، (**وَعِنْدَهُمَا: يَضْمَنُ الْمُوسِرُ**)؛ لأن التدبير والإعتاق لا يتجزءان عندهما[1].

(**وَتَجِبُ السِّعَايَةُ**) على المكاتبة (**فِي الْمُعْسِرِ**)؛ أي: إذا كان السيد معسراً ليس للشريك الساكت أن يضمنه[2] بل تستسعي[3] الأمة؛ لأنه ضمان وإعتاق، وحكمه: التغير باليسار والإعسار، (**وَلَوْ دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ**) العبد المشترك بينهما، (**ثُمَّ أَعْتَقَ الآخر**) حال كونه (**مُوسِراً؛ ضَمِنَهُ لِلْمُدَبِّرِ**) ـ بكسر الباء ـ إن شاء (**أَوْ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ**) إن شاء (**أَوْ أَعْتَقَهُ**) إن شاء، (**وَإِنْ عُكِسَا**) بأن أعتقه أحدهما، ثم دبره الآخر؛ (**فَالْمُدَبِّرُ يُعْتِقُ**) إن شاء (**أَوْ يَسْتَسْعِي**) [إن][4] شاء، ولا يضمن المعتق عند أبي حنيفة[5].

ووجهه: أن التدبير يتجزأ عنده، ففي الصورة الأولى[6] يقتصر تدبير أحد الشريكين على حصته، ولكن يفسد به نصيب الآخر، فيثبت له خيار التضمين والإعتاق والاستسعاء كما هو مذهبه، ثم إذا أعتق لم يبقَ له خيار التضمين والاستسعاء[7]، وإعتاقه يقتصر على نصيبه أيضاً كما هو مذهبه، لكن يفسد به نصيب الآخر المدبر، فيثبت له خيرة تضمينه، وله إعتاق العبد واستسعاؤه كما هو مذهبه، لكن يضمنه قيمة نصيبه مدبراً[8]؛

---

(١) ينظر: بداية المبتدي: ١/١٩٧، والعناية: ٩/٢٠٤.
(٢) في (ج): (يضمن).
(٣) في (أ): (تتسعى).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) ينظر: درر الحكام: ٢/٣١، ونتائج الأفكار: ٩/٢٠٧.
(٦) في (أ): (الأول).
(٧) الواو سقط من قوله: (والاستسعاء) من: (ب).
(٨) في (ج): (مدبراً لكن).

لأن الإعتاق صادفه حال كونه مدبراً، [وفي الصورة الثانية؛ أعني: فيما أعتق أحدهما، ثم دبر الآخر إذا أعتق الأول؛ كان للثاني الخيارات الثلاثة: التضمين، والاستسعاء، والإعتاق، كما هو مذهبه، فإذا دبر[1] [لم][2] يبقَ خيار التضمين، وبقي له الاستسعاء والإعتاق؛ لأن المدبر يستسعي ويعتق، ولكنه لا يقبل الانتقال من مِلْك إلى مِلْك، والتضمين دائر عليه][3].

(وَعِنْدَهُمَا: إِنْ دَبَّرَ الْأَوَّلُ؛ ضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهِ) سواء [كان][4] (مُوسِراً أَوْ مُعْسِراً وَعِتْقُ الآخر لَغْوٌ)؛ لأن التدبير لا يتجزأ عندهما، فيمتلك المدبر نصيب الآخر [أ/٣٦١] بالتدبير، ويضمن له نصف قيمته موسراً كان أو معسراً كما هو مذهبهما[5]؛ لأنه ضمان تملك، فلا يختلف باليسار والإعسار، ويكون ضمان نصف القيمة باعتبار كونه قناً؛ لأن التدبير صادفه حال كونه قناً، وبعد التدبير وتملك المدبر[6] نصيب الآخر، لا يبقى لعتق الآخر محل، فيكون لغواً، هذا قولهما في الصورة الأولى.

(وَإِنْ أَعْتَقَ الْأَوَّلُ) من الشريكين؛ (ضَمِنَ لَوْ) كان (مُوسِراً أَوْ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ لَوْ) كان (مُعْسِراً وَتَدْبِيرُ الآخر لَغْوٌ)؛ يعني: في [الصورة][7] الثانية: لو أعتقه[8] أحد الشريكين، فتدبير الآخر بعد ذلك يكون باطلاً؛ بناءً على عدم التجزُّؤِ عندهما، فيعتق كله، ولم يصادف التدبير المِلْك، فلا يقع؛ لأنه يعتمده، وإذا تقرر العتق في جميعه يضمن المعتق نصف قيمته

(١) في (ج): (دبرها).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) من قوله: (وفي الصورة الثانية) إلى قوله: (دائر عليه) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: الهداية: ٢/٢٩٨، والبناية: ١٠/٤٣٩.
(٦) في (أ): (التدبير).
(٧) سقط من: (أ) و(ب).
(٨) في (ج): (أعتق).

للآخر إن [كان][١] موسراً، ويسعى العبد في ذلك كله إن كان معسراً؛ لأن هذا ضمان إعتاق، فيختلف بالإعسار واليسار[٢].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: العناية: ٩/٢٠٥، وفتح القدير: ٩/٢٠٥.

بَابُ الْعَجْزِ وَالْمَوْتِ

أي: عجز المكاتب عن المضي على الكتابة، وموته[١]، أو[٢] موت المولى، (إِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ)؛ أي: لم يقدر على أداء قسطه من الأقساط التي عينت في الكتابة نجوماً، إذا كان المولى كاتبه على ألف يؤدي في كل شهر مئة منها، فمضى شهر ولم يقدر على أداء المئة، نظر الحاكم في أمره، (فَإِنْ رُجِيَ لَهُ)؛ أي: للمكاتب (حُصُولُ مَالٍ)، بأن كان له على أحد دَين يقتضيه، أو مال مع شريك، أو مضارب، ونحوهما يقدَّم عليه، (لَا يُعَجِّلُ الْحَاكِمُ بِتَعْجِيزِهِ، وَ) لكن (يُمْهَلُ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً) أيام نظراً للجانبين، [والثلاثة هي المدة المضروبة لظهور الأعذار كما في شرط الخيار، وإمهال المرتد[٣]، والمديون المقر للأداء، والمدعى عليه للدفع عند توجه القضاء، فلا يزاد عليها، ولا ينقص عنها][٤].

(وَإِلَّا)؛ أي: وإن لم يرج له مال، (عَجَّزَهُ) الحاكم، (وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ إِنْ طَلَبَ) الفسخ (سَيِّدُهُ أَوْ عَجَّزَهُ سَيِّدُهُ بِرِضَاهُ)؛ أي: برضا المكاتب، فإن الكتابة تقبل الفسخ بالتراضي بلا عذر فعند العذر أولى، ولو لم يرضَ المكاتب بالفسخ عند العجز، فلا بدَّ من حكم القاضي به؛ لأنه عقد لازم، فلا بدَّ من نقضه من القضاء أو الرضا كما في الرجوع عن الهبة، وفي

(١) في (ج): (وموته أو موته).
(٢) في (ج): (إلى).
(٣) في (أ) و(ج): (المدبر).
(٤) من قوله: (والثلاثة هي) إلى قوله: (لا ينقص عنها) سقط من: (ج).

بعض النسخ: ينفرد السيد بالفسخ، ولا يشترط رضا المكاتب، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يُعَجِّزُ) الحاكم (مَا لَمْ يَتَوَالَ عَلَيْهِ)؛ أي: على المكاتب (نَجْمَانِ)[(١)]؛ لقول علي رضي الله عنه: (إذا توالى على المكاتب نجمان، وعجز عن أداء بدلهما؛ ليرد إلى الرق)[(٢)]، فما لم يترك أداء قسطين متواليين لا يتحقق عجزه، ولهما ما روي عن ابن عمر[(٣)] رضي الله عنهما: (أن مكاتباً له عجز عن نجم، فرده إلى الرق)[(٤)]، وخبر علي رضي الله عنه يفيد إثبات الفسخ إذا توالى عليه نجمان، فلا ينفي ثبوت الفسخ قبله؛ لأن تخصيص الشيء بالذِّكْر لا ينفي الحكم عما عداه على [ما][(٥)] عُرف في موضعه، في المضمرات[(٦)]: أن الصحيح قولهما.

(وَإِذَا عَجَزَ) المكاتب عن الكتابة؛ (عَادَتْ أَحْكَامُ رِقِّهِ) من كونه مبيعاً[(٧)]، وغيره، [حتى][(٨)] لا يجب استبراء[(٩)] المكاتبة، (وَمَا) كان (فِي يَدِهِ) من المال (لِمَوْلَاهُ)، إذا ظهر أنه كسب عبده، (وَيَحِلُّ لَهُ)؛ أي: يحل للمولى، ما[(١٠)] في يد العبد [بعد][(١١)] ثبوت عجزه (وَلَوْ) كان (أَصْلُهُ مِنْ

---

(١) ينظر: مختصر القدوري بهامشه الترجيح والتصحيح: ص٤٣١، خلاصة الدلائل: ١٠٦/١.
(٢) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة: ٣٩٤/٤، والسنن الكبرى، للبيهقي: ٣٤٣/١٠، وضعفه في الدراية بحجاج بن أرطأة. ينظر: الدراية: ١٩٢/٢.
(٣) ينظر: خليج البحار: ص٣٧٣.
(٤) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة: ٣٩٤/٤، وغربه الزيلعي. ينظر: نصب الراية: ١٤٦/٤.
(٥) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: خليج البحار: ص٩٣٣.
(٧) في (ج): (بيعاً).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) الاستبراء: الامتناع عن وطء الأمة حتى تحيض وتطهر، أو حتى ينقضي شهر. ينظر: مفاتيح العلوم: ص٣٥، دستور العلماء: ٦٣/١.
(١٠) في (أ): (أما).
(١١) سقط من: (ج).

صَدَقَةٍ) تصدق[1] بها العبد، ولو كان المولى هاشمياً[2]؛ لأن كونه صدقة أو زكاة إنما يكون بالنسبة إلى العبد، ولا ينتقل إلى المولى.

كذلك (وَإِنْ مَاتَ) المكاتب (عَنْ وَفَاءٍ)؛ أي: مال وافٍ ببدل كتابته، (لَا تُفْسَخُ) الكتابة، (وَيُؤَدَّى بَدَلُهَا)؛ أي: بدل الكتابة الذي لم يؤده بعد، قليلاً كان[3] أو كثيراً، يُؤَدَّى (مِنْ مَالِهِ) الذي خلفه، (وَيُحْكَمُ بِعِتْقِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ) أجزاء (حَيَاتِهِ، وَيُورَثُ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ)؛ أي: يقسم على ورثته من جهة النسب أو السبب؛ لأنه مات حُراً ويورث[4] [ما بقي من ماله][5]، (وَيُعْتَقُ أَوْلَادُهُ الَّذِينَ شَرَاهُمْ أَوْ وُلِدُوا) من أمته (فِي) حال (كِتَابَتِهِ، أَوْ) كانوا قد (كُوتِبُوا مَعَهُ تَبَعاً أَوْ قَصْداً)، وهو قول علي وابن مسعود[6] ﷺ، وبه أخذ علماؤنا، [وعند الشافعي: تنفسخ الكتابة بموت المكاتب، فمات عبداً، وما ترك، فلمولاه[7]، وهو قول زيد بن ثابت[8]، وبسط الكلام في الكافي][9][10].

---

(١) في (ج): (يتصدق).

(٢) هم: بنو هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن قريش بن كنانة. ينظر: الشجرة الزكية في أنساب بني هاشم: ص٧٧.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) في (ج): (فيورث).

(٥) سقط من: (ب) و(ج).

(٦) ينظر: قول علي وابن مسعود ﷺ في السنن الكبرى، للبيهقي: ٥٤٥/١٠ و٥٥٧.

(٧) ينظر: النكت في المسائل المختلف فيها: ١١٣/٢ ـ ١١٤، وفتح الوهاب: ٣٠٧/٢.

(٨) هو زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد بن لوذان بن عمرو بن عبد عوف ابن غنم بن مالك بن النجار الأنصاري النجاري، وقيل: يكنى أبا عبد الرحمٰن، شهد أحداً وما بعدها من المشاهد، اختلفت في سنة وفاته. ينظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب: ٥٣٧/٢، وأسد الغابة: ٣٤٦/٢. وينظر: قول زيد في السنن الكبرى، للبيهقي: ٥٤٥/١٠ و٥٥٧.

(٩) من قوله: (وعند الشافعي) إلى قوله: (في الكافي) سقط من: (ج).

(١٠) ينظر: الكافي: ل ١٣٣.

(وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ) المكاتب (وَفَاءً، وَ)كان (لَهُ وَلَدٌ وُلِدَ فِي) زمان (كِتَابَتِهِ؛ سَعَى) ذلك الولد (عَلَى نُجُومِهِ)؛ أي: يجعل قائماً مقام أبيه، ويسعى في أداء ما بقي من بدل الكتابة منجماً كما كان على أبيه، (فَإِذَا أَدَّى) جميع البدل (حُكِمَ بِعِتْقِهِ) حالاً، (وَعِتْقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ) في آخر جزء من حياته، وإنما يعتق الولد؛ لأنه دخل في كتابة أبيه؛ لأنه وقت العقد كان من أجزاء الأب متصلاً به، فورد العقد عليه، ودخل في كتابته وكسبه ككسبه، فيخلفه في الأداء، فصار كما إذا ترك وفاء.

(وَالْوَلَدُ الْمُشْرَى)؛ أي: ولد المكاتب الذي اشتراه حال كتابته، (إِمَّا أَنْ يُؤَدِّيَ حَالّاً أَوْ يُرَدَّ فِي الرِّقِّ)؛ يعني: يقال له: إما أن تؤدي بدل الكتابة حالاً أو ترد رقيقا، عند أبي حنيفة[١]، (وَعِنْدَهُمَا: هُوَ كَالْأَوَّلِ)؛ أي: هذا الولد والذي ولد في زمن الكتابة[٢] سواء في الحكم، فيؤدي البدل منجماً إلى أجله اعتباراً بالأول، والجامع بينهما: [أن كلّاً منهما][٣] يصير مكاتباً تبعاً لأبيهما، ولهذا لا يملك المولى التصرف فيه بإعتاقه بخلاف سائر أكسابه، ولأبي حنيفة: ـ وهو الفرق بين الفصلين في الولدين ـ أن الأجل يثبت شرطاً في العقد، فيثبت في حق من دخل تحت العقد، والولد المشري لم يدخل؛ لأنه لم يضف إليه العقد ولا يسري[٤] حكمه إليه؛ لانفصاله بخلاف المولود في زمان الكتابة؛ لأنه متصل وقت الكتابة، فسرى الحكم إليه، وحيث دخل في حكمه صار مشاركاً له في مواجبه[٥] والسعي منجماً منها، فيلزمه بذلك الوصف[٦].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع: ٤٧١/٥، وخلاصة الدلائل: ١٠٧/١.
(٢) ينظر: الهداية: ٣٠٠/٢، ونتائج الأفكار: ٢١٥/٩.
(٣) سقط من: (ب).
(٤) في (ج): (لا يرى).
(٥) في (ج): (مواجب).
(٦) ينظر: العناية: ٢١١/٩، والبناية: ٤٥٢/١٠.

في المضمرات: الصحيح قوله[١]: (وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ وَلَداً) كائناً (مِنْ حُرَّةٍ وَ) ترك (دَيْناً عَلَى النَّاسِ فِيهِ وَفَاءٌ) لبدل الكتابة (فَجَنَى الْوَلَدُ فَقَضَى بِأَرْشٍ) تلك (الْجِنَايَةِ عَلَى عَاقِلَةِ الْأُمِّ)؛ أي: أم الولد الحرة (لَا يَكُونُ ذَلِكَ قَضَاءً بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ)؛ لأن هذا القضاء لا ينافي الكتابة؛ لأن مقتضى الكتابة إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم، لكن على وجه يحتمل أن يعتق الأب، فَيَنْجرُ[٢] الولاء إلى موالي الأب وفسخها، فيكون هذا القضاء مقرراً حكم الكتابة، والقضاء بما يقرر حكمها لا يكون تعجيزاً، [وإنما قال: دَيناً؛ لأنه لو كان عيناً لا يتأتى القضاء بالإلحاق بالأم لإمكان الوفاء في الحال][٣].

(وَإِنْ اخْتَصَمَ) بعد ذلك (مَوَالِي الْأُمِّ وَالْأَبِ فِي وَلَائِهِ)؛ أي: في ولاء ابن المكاتب المذكور من الحرة، (فَقُضِي بِهِ)؛ أي: بالولاء (لِمَوَالِي الْأُمِّ، فَهُوَ)؛ أي: القضاء بالولاء لموالي الأم، (قَضَاءٌ بِعَجْزِهِ)؛ أي: بعجز المكاتب؛ لأن هذا اختلاف في الولاء [مقصودٌ][٤]، وذلك يبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها، فإنها إذا فسخت مات عبداً [أ/٣٦٢] واستقر[٥] الولاء[٦] على موالي الأم، وإذا بقيت، واتصل بها الأداء؛ مات حرّاً، وانتقل الولاء إلى موالي الأب، وهذا فصل مجتهد فيه، فينفذ ما يلاقيه من القضاء، فلهذا كان تعجيزاً.

(وَلَوْ جَنَى عَبْدٌ، فَكَاتَبَهُ سَيِّدُهُ) بعد[٧] ذلك حال كون السيد (جَاهِلاً بِجِنَايَتِهِ، فَعَجَزَ) العبد عن الكتابة، ورد إلى الرق، فالمولى بالخيار، إن شاء (دَفَعَ) نفس العبد بالجناية، (أَوْ) إن شاء (فَدَى) قيمته إلى ولي

---

(١) ينظر: الهداية: ٢/٢٦٤.
(٢) في (ج): (فينجر).
(٣) من قوله: (وإنما قال) إلى قوله: (الوفاء في الحال) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (مقصوداً).
(٥) في (ج): (واستقرض).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (ج): (بعده).

الجناية، وإنما قيد بقوله: (جاهلاً)؛ لأنه لو كان عالماً بها عند الكتابة يصير مختاراً للفداء.

(وَكَذَا) الحكم؛ أي: دفع أو فدى (لَوْ جَنَى الْمُكَاتَبُ، فَعَجَزَ) عن الأداء (قَبْلَ الْقَضَاءِ بِهِ)؛ أي: بالجناية بتأويل الجرم[١] أو الأرش، (وَلَوْ) عجز (بَعْدَمَا) جنى (وَقَضَى عَلَيْهِ بِهِ)؛ أي: على المكاتب بموجب الجناية (فَهُوَ)؛ أي: قَدْر قيمته (دَيْنٌ) عليه، (يُبَاعُ) المكاتب (فِيهِ)؛ أي: في حق قَدْر قيمته لانتقال الحق من رقيق[٢] إلى قيمته بالقضاء، (وَلَا تَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ)؛ لأنها حق العبد، فلا تبطل بموت السيد كالتدبير، (وَ)حينئذ (يُؤَدِّي) المكاتب (الْبَدَلَ إِلَى وَرَثَتِهِ)؛ أي: إلى ورثة سيده (عَلَى نُجُومِهِ)؛ [أي: على دفعاته المصطلح عليها كما يؤدي في حال حياة المورث][٣]؛ لأن النجوم لا تبطل بموت الطالب[٤] كالأجل في الدَّين، (فَإِنْ أَعْتَقَهُ بَعْضُهُمْ)؛ أي: بعض الورثة (لَا يَنْفُذُ) إعتاقه، حيث لم يلاق المِلْك؛ إذ المكاتب لا يملك][٥] بسبب[٦] إرثاً وغيره، [وينفذ عند الشافعي؛ لأن المكاتب عنده مملوك يورث][٧][٨].

(وَإِنْ أَعْتَقُوهُ كُلُّهُمْ)؛ أي: كل الورثة، (عَتَقَ) استحساناً (مَجَّاناً)، فسقط البدل، والقياس: أن لا يعتق كإعتاق بعضهم، وجه الاستحسان: [أنه][٩] بجعل إعتاقهم إبراء عن بدل الكتابة، فإنه حقهم، وقد جرى فيه الإرث، فيكون الإعتاق منهم إبراء اقتضاءٍ، وإقرارٍ بالاستيفاء منه، فتبرأ

---

(١) الجرم: الذَّنب. ينظر: جمرة اللغة: ٤٦٥/١، والمخصص: ٥١/٤.
(٢) في (ج): (رقبته).
(٣) من قوله: (أي: على) إلى قوله: (المورث) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (المكاتب).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (بشيء).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) ينظر: المهذب: ٣٨٣/٢، وفتح الوهاب: ٣٠٧/٢.
(٩) سقط من: (ج).

ذمته، فيعتق، كما إذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة كله، وشرط أن يعتقوه في مجلس واحد، حتى لو أعتقوه متفرقاً لم يعتق، وقيل: يعتق إذا أعتقه الباقون ما لم يرجع الأول[1].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) ينظر: الهداية: ٣٠٢/٢، وفتح القدير: ٢١٧/٩.

كتاب في بيان أحكام الولاء

وهو - بفتح الواو - مشتق من الوَلاية - بالفتح - وهي النصرة والمحبة؛ لأن في ولاء العتاقة والموالاة[١] تناصرٌ أو محبة، (أَوْ) مشتق من الوَلْي وهو القرب[٢] ، وفي الشرع: هو التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة، ومن آثار التناصر: الإرث، والعقل[٣]،

---

(١) الولاء - عند الحنفية - هو قرابة حكمية حاصلة من عتق أو موالاة، - والولاء عندهم - نوعان:

١ - ولاء عتاقة: ويسمى: (ولاء نعمة)، وسببه: الإعتاق.

٢ - ولاء الموالاة: وسببه: العقد المعروف بالمولاة، وهو أن يعاهد شخصٌ آخر على أنه إن جني فعليه ديته، وإن مات فميراثه له سواء كانا رَجلين أم امرأتين، أم أحدهما رَجلاً والآخر امرأة.

والولاء بسبب الإعتاق متفق بين الفقهاء على التوريث به.

أما التوريث بسبب عقد المولاة؛ فالحنفية قالوا بمشروعية التوريث به أيضاً، وإليه ذهب بعض الصحابة والتابعين، وخالف ذلك جماعة: فالمالكية في مشهور عندهم، والشافعية والحنابلة في رواية لم يقولوا بمشروعيته، وقال فريق آخر: إن ولاء المولاة إنما يثبت للشخص إذا أسلم على يديه آخر.

وبه قال إسحاق بن راهويه، والمالكية في قول، والحنابلة في رواية. ينظر: بدائع الصنائع: ١٧٠/٤، والمقدمات الممهدات: ١٢٩/٣، والمهذب: ٢٢/٢، والمغني: ٢٥٤/٩.

(٢) ينظر: شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم: ٧٢٨٣/١١، والصحاح: ٣٤٥/١.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ٤٧٦/٥، والحاوي القدسي: ٥٠٤/١، واللباب: ٣٣٥/٤.

«(الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ)»[(١)] وهو حديث صحيح أورده [على سبيل الاقتباس][(٢)].

(وَلَوْ) كان العتق (بِتَدْبِيرٍ)؛ أي: لو جعل عبده مدبراً [يكون][(٣)] ولاؤه له حياً، ولورثته بعد موته، (أَوْ اسْتِيلَادٍ) بأن أقر بولد جاريته أنه منه، فيكون ولاؤها له ولورثته كذلك، (أَوْ كِتَابَةٍ) بأن كاتب قِنَّة، فأدى وعتق، فولاؤه له كذلك، (أَوْ وَصِيَّةٍ) بأن أوصى بعتق عبده، فولاؤه له كذلك.

(أَوْ مِلْكِ قَرِيبٍ)، بأن اشترى قريبه أو اتهبه أو ورثه، فإذا دخل في مِلْكه بأي وجه كان يعتق عليه، ويصير ولاؤه له، هذا على تقدير عدم موانع الإرث؛ لأن المولى بإعتاق عبده أو مباشرة سببه، يكون قد أحياه معنىً بإزالة الرق عنه، وهو[(٤)] قبل العتق وبعده يتناصر به، فبالنظر إلى التناصر يجب عليه العقل، وبالنظر إلى إزالة الرق يستحق إرثه بعد موته، وهذا المعنى ينتقل بالموت إلى الوارث، فيستحقه الوارث أيضاً، كما كان يستحقه المورث[(٥)]، وصورة ولاء السيد في غير التدبير والاستيلاد بيِّنٌ، وأما فيهما: فبأن يلحق السيد بدار الحرب مرتداً، فيحكم بعتق مدبره وأم ولده، ثم جاء مسلماً، فمات مدبره وأم ولده، [فولاؤهما له][(٦)].

(وَلَغَا شَرْطُهُ لِغَيْرِهِ أَوْ) شرطه (سَائِبَةٌ)؛ أي: [لو أن المولى أعتقه بشرط كون ولائه لغيره أو بشرط كونه سائبةٌ][(٧)]، لا ولاء عليه لأحد[(٨)]،

---

(١) ينظر: صحيح البخاري: ٢٦٠/٩، رقم الحديث (٢٥٣٦)، كتاب: العتق، باب: بيع الولاء وهبته، صحيح المسلم: ٢١٦/٤، رقم الحديث (١٥٠٤)، كتاب: العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) الواو العاطفة من قوله: (وهو) سقط من: (ج).

(٥) في (أ): (الموارث).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) من قوله: (لو أن المولى) إلى قوله: (سائبة) سقط من: (ج).

(٨) ينظر: التعريفات الفقهية: ص٣١٧، وشرح غريب ألفاظ المدونة، للجبي: ص١٠٩، وبصائر ذوي التمييز: ٢٧١/٣.

لا يصح هذا الشرط، والولاء لمن أعتق؛ لأن هذا شرط مخالف للنص، وهو باطل(١).

(وَمَنْ أَعْتَقَ) جارية له حال كونها (حَامِلاً مِنْ زَوْجٍ قِنٍّ)؛ أي: مملوك لآخر، (فَوَلَدَتْ) الأمة بعد عتقها (لِأَقَلَّ مِنْ نِصْفِ سَنَةٍ)؛ أي: قبل تمام ستة أشهر، (فَوَلَاءُ) ذلك (الْوَلَدِ لَهُ)؛ أي: لمعتق الأم (لَا يَنْتَقِلُ) ولاء الحمل (عَنْهُ)؛ أي: عن مولى الأم إلى مولى الأب (أَبَداً، وَكَذَا) يكون ولاء الولد لمولى أمه لا ينتقل عنه أبداً، (لَوْ وَلَدَتْ تَوْأَمَيْنِ أَحَدُهُمَا لِأَقَلَّ مِنْ نِصْفِهَا)؛ أي: لأقل من نصف السَّنَة؛ أعني: ستة أشهر؛ لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد، وأما اشتراط كونه أقل من ستة أشهر؛ فلأنه بذلك يتحقق كونه موجوداً في بطن أمه وقت العتق، فيتقرر كونه جزء منها ويعتق بعتقها، ويصير ولاؤه كولائها.

(وَإِنْ وَلَدَتْ) بعد عتقها (لِأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ)؛ أي: من نصف سَنَة، (فَوَلَاؤُهُ لَهُ أَيْضاً)؛ أي: يكون ولاء الولد لمولى الأم كذلك؛ لأنه عتق تبعاً لها بحسب اتصاله بها بعد عتقها، فيتبعها في الولاء، ولم يتيقن بكونه قائماً حين الإعتاق حتى يعتق مقصوداً، (لَكِنْ إِنْ أَعْتَقَ الْأَبُ جَرَّهُ إِلَى مَوَالِيهِ)؛ أي: لو أن مولى أب الولد المذكور أعتق بعد ذلك، فإنه يجر ولاء ابنه من موالي أمه إلى [موالي](٢) أبيه؛ لأن عتق الولد في هذه الصورة صار تبعاً للأم بخلاف الصورة الأولى؛ لأنه هناك يعتق أصالة باعتبار كونه جزءاً موجوداً وقع عليه العتق قصداً، (وَلَا يَرْجِعُ الْأَوَّلُونَ عَلَيْهِمْ بِمَا عَقَلُوا عَنْهُ قَبْلَ الْجَرِّ)؛ يعني: لو أن ذلك الولد جنى جناية قبل أن يعتق أبوه، وينتقل ولاؤه إلى مواليه فعقل أرشها عنه موالي الأم؛ لم يكن لهم أن يرجعوا بذلك العقل على موالي الأب بعد انتقال الولاء عنهم إليهم؛ لأنهم حين عقلوا كان الولاء ثابتاً لهم.

(وَلَوْ تَزَوَّجَ) حر (عَجَمِيٌّ) لم يعتقه أحد سواء كان (لَهُ مَوْلَى مُوَالَاةٍ)

---

(١) ينظر: الهداية: ٢/٣٠٣، والجوهرة المنيرة: ٢/١١٦، وفتح القدير: ٩/٢٢١.

(٢) سقط من: (ج).

بأن كان كافراً، فأسلم، ووالى رَجلاً، (أَوْ لَا) يكون له مولى موالاة بأن كان ولد في الإسلام (مُعْتَقَةً) مفعول تزوج سواء كانت معتقة العرب أو معتقة العجم، وسواء كانت عربية أو عجمية، (فَوَلَدَتْ مِنْهُ) ولداً (فَوَلَاءُ الْوَلَدِ لِمَوَالِيهَا)؛ أي: لموالي المعتقة عند أبي حنيفة ومحمد(١)، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ حُكْمُهُ)؛ أي: حكم الولد (حُكْمُ أَبِيهِ) [في الوجهين(٢)؛ أعني: فيما إذا والى أحداً أو لم يوالِ، ولا يكون ولاء الولد لمولى الأم](٣)، حتى لو ترك هذا الولد عمة أو خالة ومعتق أمه، فميراثه لوارثه ـ عنده ـ لا لمعتق أمه، وعندهما: للمعتق، وإنما وضع المسألة في العجمي؛ لأن ولاء الموالاة لا يكون في العرب؛ لأن لهم شعوباً وقبائل، وتناصرهم بها، فأغنت عن الولاء.

(وَالْمُعْتِقُ)؛ أي: السيد (مُقَدَّمٌ) في الإرث (عَلَى ذَوِي الْأَرْحَامِ)، حتى لو أعتق رَجل عبده، ثم مات، المعتَق وترك المعتِق، وخالته أو عمته أو نحوهما يرث المعتق دون الخالة والعمة ونحوهما؛ لأن ولاء العتاقة تعصيب، والعصبة مطلقاً مقدم على ذوي الأرحام، وهو من لا فرض له، ولا يدخل في نسبه إلى الميت أنثى [أ/٣٦٣]، (مُؤَخَّرٌ عَنِ الْعَصَبَةِ النَّسَبِيَّةِ)، حتى لو أعتق رجل عبده، فمات المعتَق، وترك ابناً، أو أخاً، أو عصبة غيرهما، وترك المعتِق؛ يرث الابن أو(٤) الأخ دون المعتِق، وإن لم يكن له عصبة من النسب، فإن كان هناك صاحب فرض؛ فله الباقي بعد فرضه، وإن لم يكن صاحب فرض؛ فميراثه للمعتِق، فالعصبة من يأخذ ما بقي من صاحب الفرض، وكل الميراث عند عدمه.

(فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ) بعد الإعتاق، (ثُمَّ) مات العبد (الْمُعْتَقُ)، ولم يترك صاحب فرض وعصبة نسبية، (فَإِرْثُهُ لِأَقْرَبِ عَصَبَةِ سَيِّدِهِ)، وإذا كان الحكم

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: ١٧٧/٥، والعناية: ٢٢٤/٩، والبناية: ١٧/١١.
(٢) ينظر: درر الحكام: ٣٦/٢، وفتح القدير: ٢٢٤/٩.
(٣) من قوله: (في الوجهين) إلى قوله: (لمولى الأم) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (و).

كذلك، (فَيَكُونُ) إرث[١] العبد المعتَق (لِابْنِهِ)؛ أي: لابن سيده (دُونَ أَبِيهِ لَوْ اجْتَمَعَا)، بأن مات، وله ابن سيده وأبوه[٢][٣]، أما لو انفرد أحدهما، فإنه يحرز[٤] الإرث تماماً، ثم إن تقدم الابن على الأب في الصورة المذكورة إنما هو قول أبي حنيفة [ومحمد][٥]، وهو قول أبي يوسف الأول[٦]، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لِأَبِيهِ السُّدُسُ، وَالْبَاقِي لِلِابْنِ)[٧]؛ يعني: في قوله الآخر، وهذا الخلاف مبنيٌّ على أن الولاء هل يورث[٨] عينه ويجري فيه سهام الورثة كالمال؟ أو هو سبب يورث به ولا يورث نفسه؟

(وَعِنْدَ اسْتِوَاءِ الْقُرْبِ تَسْتَوِي الْقِسْمَةُ) كما لو ترك المعتق ابني سيده أو أخويه من الأب، كان ميراثه لهما على السوية؛ لاستوائهما في العلة[٩]؛ أعني: قرابة العصوبة، وهذا كله إذا لم يكن للميت وارث نسبي يكون عصبته دائماً، أو تارة صاحب فرض وأخرى عصبة كالأب؛ لأن الإرث النسبي أقوى من السببي.

(وَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ، أَوْ كَاتَبْنَ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ... الْحَدِيثَ)، وتتمة الحديث: «أو دبرن، أو دبر من دبرن، أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن»[١٠]، فإن قلت: هذا

---

(١) في (ج): (الإرث).
(٢) في (ج): (أبوه).
(٣) زيدت هنا في (أ) و(ب): (سيده).
(٤) في (ب): (يجوز).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: العناية: ٢٢٧/٩، وفتح القدير: ٢٢٧/٩.
(٧) ينظر: تبيين الحقائق: ١٧٨/٥، والجوهرة النيرة: ١١٧/٢.
(٨) في (ج): (مورث).
(٩) سقط من: (ج).
(١٠) الحديث بهذا اللفظ غربه الزيلعي لكنه ـ كما ذكر المصنِّف في تعقيبه على الحديث ـ أتى بشواهد بروايات عدة عن بعض الصحابة تعضد ما ورد في الحديث. ينظر: سنن الدارمي: ٢٠١٣/٤ - ٢٠١٥، ومصنف عبد الرزاق: ٣٦/٩، والسنن الكبرى=

الحديث شاذ[(١)]! فكيف يستدل به؟ قلت: نعم إنه كان شاذاً، لكنه تأيّد بما اشتهر بأقاويل الكبار[(٢)] من الصحابة: كعمر وعلي وابن مسعود ﷺ، فإنهم قالوا بمثل ذلك، فصار بمنزلة المشهور[(٣)]، وكلمة (ما) موصولة، والاستثناء من (النساء)؛ أي: لا ولاء للنساء إلا اللائي أعتقن، وإنما عبر عنهن بكلمة (ما)؛ لأنهن ناقصات العقل، وفي جعلها مصدرية تكلف، وقيل: (ما) موصولة بحذف المضاف والعائد، فالتقدير: ليس للنساء شيء من الولاء إلا ولاء ما أعتقته[(٤)]، أو ولاء ما أعتقه[(٥)] من أعتقنه، أو ولاء ما كاتبنه، أو ولاء ما كاتبه، أو ولاء ما دبرنه[(٦)]، أو ولاء ما دبره من دبرنه[(٧)]، أو الولاء الذي هو مجرور معتقهن، أو الولاء الذي هو مجرور معتق معتقهن، فالمستثنى منه في الحديث محذوف، وما الموصول[(٨)] مقدَّر في جميع الموصولات، إلا في قوله: (أو جر) فإنه في تأويل المصدر الذي هو؛ بمعنى اسم المفعول، كضرب الأمير؛ بمعنى: مضروبهِ، وكلمة (ما) المذكورة والمقدرة عبارة عن مرقوق يتعلق به العتق، فإنه بمنزلة سائر ما يمتلك مما لا عقل له كما وقع في التنزيل، والضمير الراجع إلى الموصولين محذوف، وكذا المضاف إلى الماءات[(٩)] إقامة للمضاف إليه مقامه، وقوله:

= للبيهقي: ١٠/٥١٥، ومصنف ابن أبي شيبة: ٦/٢٨٩ - ٣٠٠، ونصب الراية: ٤/٥٤، والدراية: ٢/١٩٥.

(١) الشاذ: هو ما خالف راويه الثقات، أو ما انفرد به من لا يحتمل حاله قَبُول تفرده. ينظر: الموقظة في علم مصطلح الحديث: ص٤٢، التذكرة في علوم الحديث لابن الملقن: ص١٦، تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي: ١/٢٦٨.

(٢) في (ج): (الكبائر).

(٣) المشهور: وهو قليل لا يكاد يوجد في رواياتهم، وهو ما نقله من يحصل العلم بصدقهم ضرورة عن مثلهم من أوله إلى آخره. ينظر: التقريب والتيسير، للنووي: ٨٥.

(٤) في (ج): (ما أعتقن).

(٥) في (ب): (ما عتقه).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) في (ج): (أو دبر من دبرنه).

(٨) في (ب): (وما لموصول).

(٩) جمع المصنِّف (ماء) على ماءات، وهذا تجوّز.

(أو جر) على التأويل المذكور معطوف على المضاف، وصورة جر ولاء المعتق[١]: بأن كان للمرأة عبد، فزوجته بمعتقة الغير، فولد بينهما ولد، فولاؤه لموالي أمه ما دام أبوه عبداً، فإذا أعتقته مولاته، فإنه يجر ولاء ابنه إلى مولاته، وإلى مواليها بعدها[٢].

❊ ❊ ❊

فصل
في وَلاء الموالاة

فصلٌ أفرده المصنِّف لبيان ولاء الموالاة، وصورته: مجهول النسب إذا قال لآخر: أنت مولاي ترثني إذا مت، وتعقل عني إذا جنيت، وقال الآخر: قَبِلت صح عندنا، ويكون القائل مولًى للقابل[٣]، يعقل عنه[٤] إذا جنى ويرثه إذا مات، وكذلك إذا كانا مجهولي النسب، وشرطا أن كلّاً منهما يعقل عن الآخر في حياته، ويرثه بعد مماته؛ جاز ما شرطا، وصار كل منهما مولًى للآخر باعتبار شرطهما، وأيّاً ما كان، فيدخل في العقد أولاده الصغار من كان موجوداً منهم حين العقد ومن سيولد[٥] له بعد[٦].

(وَلَاءُ الْمُوَالَاةِ سَبَبُهُ الْعَقْدُ)، كما إن ولاء العتاقة سببه العتق، (فَلَوْ أَسْلَمَ عَجَمِيٌّ عَلَى يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ عَلَى أَنْ يَرِثَهُ)؛ أي: الذي أسلم قال: واليتك على أني إن مت؛ فميراثي لك[٧]، (وَ) على أن (يَعْقِلَ

---

(١) في (ب): (العتق).
(٢) من قوله: (وكلمة ما موصولة) إلى قوله: (وإلى مواليها بعدها) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الحاوي القدسي: ٥٠٦/١، والبحر الرائق: ١٢٣/٨، وفتح باب العناية: ١٤٧/٤.
(٤) في (ج): (عنه تعقل عنه).
(٥) (ج): (يستولد).
(٦) في (ج): (بعده).
(٧) ينظر: العناية: ٢٢٨/٩، ونتائج الأفكار: ٢٣٣/٩.

عَنْهُ)؛ أي: قال: إن جنيتُ؛ فعقلي عليك وعلى عاقلتك، وقَبِل الآخر منه، (أو وَالَى غَيْرَ مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِهِ؛ صَحَّ) العقد (إِنْ لَمْ يَكُنْ) ذلك العجمي (مُعْتَقاً) لغير من والاه، فإنه لو كان له مولى أعتقه لم يكن له أن يعقد الموالاة مع غيره؛ لأن ولاء العتاقة أقوى؛ إذ هو للمعتق في مقابلة ما بذله من الثمن، ففيه معنى التعويض[١]، وهذا المعنى معقود في عقد الموالاة، فهو ضعيف بالنسبة إلى الأول، والضعيف لا يظهر أثره مع القوي.

قوله: (وَعَقْلُهُ)؛ أي: وبه المولى الأسفل إن جني (عَلَيْهِ)؛ أي: على المولى الأعلى (وَإِرْثُهُ لَهُ)؛ أي: وإن شرط الإرث من الجانبين كان كذلك (إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ)؛ أي: للأسفل (وَارِثٌ) نكرة في موضع النفي، فيعم جنس الورثة من أصحاب الفرائض والعصبات النسبية والسببية وذوي الأرحام، (وَهُوَ)؛ أي: مولى الموالاة، (مُؤَخَّرٌ) في استحقاق الميراث (عَنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ)؛ لأنهم يرثون بالقرابة، وهي أقوى وآكد من الولاء؛ لأنها لا تقبل النقض، والولاء يقبله[٢]، (وَمَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ)، وقال مالك والشافعي: عقد الموالاة ليس بشيء شرعاً حتى لا يورث ولا يعقل عنه[٣][٤]، (فَلَهُ)؛ أي: للمولى الأسفل، (أَنْ يَفْسَخَهُ)؛ أي: عقد الموالاة، (قَوْلاً بِحَضْرَتِهِ)؛ أي: إذا كان[٥] المولى الأعلى حاضراً، فللمولى الأسفل أن يقول: فسخت العقد الذي[٦] بيننا ونحو ذلك؛ لأنه عقد غير لازم، فله الانتقال عنه إلى غيره، لكن يشترط إعلامه إن كان حاضراً، (وَفِعْلاً مَعَ غَيْبَتِهِ)؛

(١) في (ج): (التفويض).

(٢) في (ج): (يقبل).

(٣) من قوله: (وقال مالك) إلى قوله: (ولا يعقل عنه) سقط من: (ج).

(٤) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٩٧٦/٢، والنوادر والزيادات على ما في المدونة ومن غيرها من الأمهات: ٢٥١/١٣، والمهذب، للشيرازي: ٤٠١/٢، والبيان للعمراني: ٤٩٦/٨.

(٥) في (أ) و(ب): (قال).

(٦) سقط من: (ج).

أي: إن كان المولى غائباً[1] يفسخ بالفعل، وذلك (بِأَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ إِلَى غَيْرِهِ)؛ يعني: يوالي غيره بأن يعقد معه، فيبطل عن الأول؛ لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة[2].

(وَبَعْدَ أَنْ عَقَلَ) الأعلى (عَنْهُ)؛ أي: عن الأسفل، (أو عَنْ وَلَدِهِ لَا يَفْسَخُهُ هُوَ، وَلَا وَلَدُهُ)؛ أي: لو إن الموالي[3] جنى جناية هو أو ولده، فعقل المولى عنه لم يكن له أن يتحول عنه بالولاء بعد ذلك لا هو ولا ولده، لتعلق حق المولى به؛ ولأنه صار محكوماً به في ضمن قضاء القاضي، وكذلك الحكم في ولده؛ لأنهما في حق الولاء كشخص واحد، فيتحد حكمهما، (وَلِلْأَعْلَى أَيْضاً أَنْ يَبْرَأَ عَنْ وَلَائِهِ)؛ أي: عن ولاء المولى الأسفل، (بِمَحْضَرِهِ)؛ لأنه عقد غير لازم، فلكل من العاقدين فسخه، ولا يخفى حسن تعبير المصنِّف عن هذا بالتبري وعن ذلك بالفسخ.

(وَلَوْ أَسْلَمَتْ امْرَأَةٌ وَوَالَتْ) أحداً (أو أَقَرَّتْ بِالْوَلَاءِ) [أ/٣٦٤] لأحد (فَوَلَدَتْ) بعد ذلك ولداً (مَجْهُولَ النَّسَبِ)؛ أي: لا يعرف له أب (أو كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ صَغِيرٌ كَذَلِكَ)؛ أي: مجهول النسب، فذلك الولد (يَتْبَعُهَا فِيهِ)؛ أي: يكون تبعاً لأمه في ولاء الموالاة عند أبي حنيفة[4]، (خِلَافاً لَهُمَا)[5]؛ لأن الولد لا يتبع أمه في موالاتها؛ لأنها لا ولاية لها[6] على ماله، فأولى أن لا يكون لها ولاية على نفسه، وله: إن هذا الولاء بمنزلة النسب، وهو نفع محض في حق صغير لا يُدرى له أب، فتملكه[7] الأم

---

(١) زيدت هنا في: (أ) و(ب): (فالموالي).
(٢) ينظر: الاختيار: ٣٧٣/٣، وفتح القدير: ٢٣٠/٩، والجوهرة النيرة: ١١٩/٢.
(٣) في (ج): (المولى).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع: ٥٠٩/٥، والبحر الرائق: ١٢٥/٨.
(٥) ينظر: النتف: ٤٣٥/١، وتبيين الحقائق: ١٨١/٥.
(٦) في (أ): (لهما).
(٧) في (ج): (فيمتلكه).

على ولدها، كما تملكه قبض الهبة له، وهذا إذا لم يكن للولد نسب إلى أب معروف، وإلا فيتبع الأب اتفاقاً[(١)].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) ينظر: الاختيار: ٣/٣٧٣، ودرر الحكام: ٢/٣٧.

كتاب الإكراه

هو في اللغة: الإجبار(١)، وفي الشرع: (هُوَ فِعْلٌ) أعم من اللفظ، وعمل سائر الجوارح، (يُوقِعُهُ الْإِنْسَانُ بِغَيْرِهِ)(٢)، يقال: أوقع فلان بفلان ما يسوؤه (يَفُوتُ بِهِ)؛ أي: بذلك الفعل (رِضَاهُ)؛ [أي: رضا](٣) ذلك الغير بذلك الفعل، كما إذا هدده بحبس أو ضرب ـ على وجه سيذكر ـ (أو يُفْسِدُ) به (اخْتِيَارَهُ)، كما إذا هدد(٤) بقتل أو قطع عضو، وجاز أن يكون الفعلان من باب المزيد، والفاعل هو المستتر فيهما العائد إلى الفعل(٥)، أو إلى فاعل يوقعه، ولا يخفى أن الرضا في القسم الثاني أيضاً فائت، [فالترديد في الكلام بين الخاص والعام(٦)، ومعنى(٧) فساد الاختيار: أن يتطرق إليه نقصان، لا أنه فات أصلاً بدلالة قوله](٨): (مَعَ بَقَاءِ أَهْلِيَّتِهِ)؛ أي: أهلية ذلك الغير المكره، وكونه مخاطباً بخطاب الشرع.

الإكراه نوعان: أحدهما: مفوت(٩) الرضا، وذلك من غير السلطان

(١) ينظر: الفروق اللغوية: ١/١٥٥، وتهذيب اللغة: ٨/٣٦.
(٢) ينظر: مجمع البحرين: ص٧٨٨، والعناية: ٩/٢٣٢، والبناية: ١١/٣٩.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (هدده).
(٥) في (ب): (الفصل).
(٦) ينظر: فتح القدير: ٩/٢٣٥.
(٧) (أ) و(ب): (ومضى).
(٨) من قوله: (فالترديد في الكلام) إلى قوله: (بدلالة قوله) سقط من: (ج).
(٩) في (ج): (يفوت).

بتهديد الحبس أو الضرب، وإنما قلنا: (من غير السلطان)؛ إذ يكفي منه مجرد الأمر بلا تهديد ووعيد، والثاني: مفسد الاختيار، وذلك بتهديد القتل، أو قطع العضو[(١)]، أو ضرب يخاف منه[(٢)] تلف النَّفْس أو العضو، فإن كل أمر فيه هذا الخوف، فالامتناع منه[(٣)] مجبول في طبيعة جميع الحيوانات، وإن لم يبلغ حد الجبر[(٤)]، لا يفسد الاختيار، لكن قد يفوت الرضا، وذلك عند خوف الحبس أو الضرب، ويقال للأول: الملجئ، [وللثاني: غير الملجئ][(٥)]، وكلاهما لا ينافي بقاء الأهلية[(٦)]؛ لأنها بالعقل[(٧)] والبلوغ، فلا يسقط عنه الخطاب.

(وَشَرْطُهُ)؛ أي: شرط ثبوت الإكراه، (قُدْرَةُ الْمُكْرِهِ) ـ بالكسر ـ (عَلَى إِيقَاعِ مَا هَدَّدَ بِهِ)؛ أي: أَوْعَدَ الغير بأن يوقع به ما يتلف نَفْسه أو عضواً منه، (سُلْطَاناً كَانَ) المكره، (أو لِصّاً)؛ لأن انتفاء الرضا وفساد الاختيار ممن أهليته[(٨)] موجودة إنما يتحقق عند غلبة الخوف من القادر على إيقاع المكروه، والسلطان وغيره في ذلك سيان عند قول أبي يوسف ومحمد[(٩)]، وهو الظاهر من قول أبي حنيفة، وقد روي [عنه][(١٠)]: [إن][(١١)] الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان؛ إذ القدرة على إيقاع ما تهدد به لا يتحقق بدون المنعة، ولا منعة إلا للسلطان، فلا يكون الإكراه متحققاً من غيره، أجيب

---

(١) في (ج): زيد قوله: (اعلم أن الإكراه إذا بلغ حد الجبر يفسد الاختيار، وذلك).
(٢) في (ج): (عند خوف).
(٣) في (ج): (عنه).
(٤) في (أ) و(ب): (الجر).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق: ١٨١/٥، البحر الرائق: ١٢٨/٨.
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (ج): (أهليته).
(٩) ينظر: كنز دقائق: ص٥٦٩، شرح حاشية منلا مسكين: ٢٦٩/٣.
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) سقط من: (ج).

عن هذا: بأنه مبنيٌّ على اختلاف العصر والزمان[١]، فإنه رَحِمَهُ ٱللَّهُ شاهد في عصر بني أمية استقلال الخليفة بجميع الأحكام والتصرفات، ثم لما تغير الزمان وظهرت شوكة المنقلبة والمتلصصة[٢]؛ رجع عن ذلك، وذهب إلى ما ذهب إليه صاحباه.

(وَ)شرطه[٣]: (خَوْفُ الْمُكْرَهِ) على لفظ اسم المفعول (وُقُوعَ ذَلِكَ) الذي توعد[٤] به، وذا بأن يغلب على ظنه أن المكرِه يوقعه، (وَكَوْنُهُ مُمْتَنِعاً قَبْلَهُ)؛ أي: قبل الإكراه (عَنْ فِعْلِ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ؛) لأن الإكراه لا يتحقق إلا على فعل [لا][٥] يمتنع عنه المكره، فلو كان ذلك مما يعتاد فعله لا يكون الإجبار عليه إكراهاً، أما لو كان مما لا يفعله بل يمتنع عن فعله، إما (لِحَقِّهِ)؛ أي: لحق نفسه: كبيع ماله أو شراء ما لا يحتاج إليه أو إعتاق عبده ونحو ذلك، (أو لِحَقِّ) شخص (آخَرَ)، كإتلاف مال الغير ونحوه، (أو لِحَقِّ الشَّرْعِ)، كالقتل والزنا وشرب الخمر ونحوها؛ لأن امتناع المكلَّف عن الفعل لا يكون إلا لأجل أحد هذه الثلاثة.

(وَكَوْنُ الْمُكْرَهِ بِهِ)؛ يعني: كون الشيء الذي هدد به (مُتْلِفاً نَفْساً، أو عُضْواً، أو مُوجِباً غَمّاً) ـ بالغين المعجمة ـ، (يُعْدِمُ الرِّضَا) الجملة صفة غمّاً، والمراد بالغم: هو الضيق والكرب الذي يحصل من تصور[٦] ضرر بدني أو مالي، سواء كان واقعاً أو متوقعاً في الزمان الآتي.

والحاصل: أن شرط تحقق الإكراه أربعة: واحد منها في جانب الفاعل، والثلاثة الأُخَرُ في جانب المفعول، فإذا تحققت لزم حكم الإكراه[٧]، (فَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى بَيْعِ) ماله، (أو شِرَاءِ) السلعة، (أو إِجَارَةٍ) يجوز

---

(١) ينظر: فتاوى قاضي خان: ٤٠١/٣، والاختيار: ٢٥٩/٢.
(٢) المتلصصة: أي: قطاع الطرق. ينظر: تبيين الحقائق: ٢٥٣/٣.
(٣) في (ج): (شرط).
(٤) في (ج): (يوعد).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (تصوره).
(٧) ينظر: النتف: ٦٩٩/٢.

بالمهملة والمعجمة، ولا يخفى التمثيل، (أو) أكره على (إِقْرَارٍ) بشيء[1] من الأفعال أو الأقوال، أو العقود (بِقَتْلٍ) متعلق بقوله: (أكره)، (أو ضَرْبٍ شَدِيدٍ) قيد به؛ لأن الضرب الليّن لا يكون إكراهاً، (أو حَبْسٍ مَدِيدٍ) ففعل؛ (خُيِّرَ) بعد ذلك حين زال الإكراه (بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ)؛ أي: يكون الخيار له إن شاء أبطل ذلك الذي أُكره عليه، وإن شاء أمضاه[2]؛ لأن من شرط صحة هذه[3] العقود التراضي، والإكراه بالأشياء المذكورة يعدم الرضا، فيفسد (وَيَمْلِكُهُ)؛ أي: المبيع بالإكراه (الْمُشْتَرِي مِلْكاً فَاسِداً إِنْ قَبَضَهُ)؛ لأن ركن البيع صدر من أهله [في محله][4]، والفساد؛ لفوات الوصف، وهو الرضا في[5] البيع الفاسد، يصير المشتري مالكاً بالقبض عندنا، وعند زفر: لا يملكه[6][7].

(فَلَوْ أَعْتَقَ) المشتري من المكره العبد (صَحَّ إِعْتَاقُهُ)، إضافة المصدر إلى المفعول أو الفاعل، وكذا تدبيره واستيلاده، (وَلَزِمَهُ)؛ أي: المشتري، (قِيمَتُهُ)؛ أي: قيمة المبيع، إن كان قيمياً، ومثله إن كان مثلياً (وَقَبَضَ) البائع بالإكراه (الثَّمَنَ، أو تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ طَوْعاً) من باب التنازع (إِجَازَةٌ)؛ أي: لو أن المكره [على البيع][8] قبض الثمن من المشتري بالاختيار، أو سلمه المبيع، كذلك فإنه يكون مجيزاً للبيع؛ لأنهما دليل الرضا[9]، كما في البيع الموقوف (لَا فِعْلُهُمَا كَرْهاً)؛ أي: لو قبض الثمن، أو سلم المبيع كرها، لا يكون ذلك إجازة (وَلَا دَفْعَ الْهِبَةَ طَوْعاً

---

(١) في (ج): (شيء).
(٢) ينظر: الهداية: ٣٠٨/٢، ومجمع البحرين: ص٧٨٨.
(٣) في (أ) و(ب): (هذا).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (وفي).
(٦) هنا في: (ج) زيد قوله: (إن كان قيمياً ومثله).
(٧) ينظر: الهداية: ٣٠٨/٢، والجوهرة النيرة: ٢/ ٢٥٤.
(٨) سقط من: (ج).
(٩) في (ج): (الرضاء).

بَعْدَ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهَا)؛ أي: لو دفع المكره على الهبة الموهوب طائعاً، لا يكون ذلك إجازة.

والفرق: أن مقصود المكره استحقاق المشتري المبيع، والموهوب له الهبة لا مجرد صدور لفظ البيع والهبة من المكره، والمشتري يستحق المبيع بمجرد العقد، والموهوب له لا يستحق بدون التسليم، فيكون الإكراه على الهبة إكراهاً على التسليم أيضاً، ولا[1] يكون الإكراه على البيع إكراهاً على التسليم، فلهذا كان التسليم طوعاً إجازة للبيع؛ لكونه خارجاً عنه لاحقاً به، ولا يكون إقباض الهبة إجازة لدخوله في الإكراه على الهبة.

(فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ مُشْتَرٍ) حال كونه (غَيْرِ مُكْرَهٍ) ـ بفتح الراء ـ (لَزِمَهُ قِيمَتُهُ)؛ يعني: لو كان البائع مكرهاً على البيع، والمشتري غير مكره، فهلك المبيع في يد المشتري، فإنه يضمن قيمته للبائع؛ لأنه قبضه بحكم عقد فاسد، فهلك مضموناً عليه، (وَلِلْبَائِعِ) المكره (تَضْمِينُ أَيٍّ) ـ بالتنوين عوضاً عن المضاف إليه ـ؛ أي: له تضمين أيِّ الاثنين (شَاءَ مِن الْمُكْرِهِ) ـ بكسر الراء ـ (وَ) من (الْمُشْتَرِي)، أما المكره؛ فلأنه[2] سبب، وهو صار آلة [له][3] فيما يرجع إلى الإتلاف، فكان المكره [أ/٣٦٥] دفع مال البائع إلى المشتري، وأما المشتري؛ فلأنه قبضه لنفسه من غير إذن مالكه، فصار كغاصب الغاصب[4].

(فَإِنْ ضَمَّنَ الْمُكْرِهَ) ـ بالكسر ـ (رَجَعَ) المُكره (عَلَى الْمُشْتَرِي بِقِيمَتِهِ)؛ لأنه بأداء الضمان ملكه، فقام مقام المالك المكره، فيكون مالكاً له من وقت وجود [سبب][5] الضمان، وهو الغصب، (وَإِنْ ضَمِنَ

(١) (و) من قوله (ولا) سقط من: (ج).
(٢) في (أ) و(ب): (فإنه).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: الاختيار: ٢/٢٦١، البناية: ١١/٤٨.
(٥) سقط من: (ج).

(الْمُشْتَرِيَ) ـ بالكسر ـ [المشترى][١] (بَعْدَ مَا تَدَاوَلَتْهُ الْبِيَاعَاتُ)؛ أي: بعد ما انتقل المبيع وتناسخته الأيدي بالعقود من مشترٍ إلى مشترٍ، وتعددت عليه البياعات بتعدد العقود ثانياً، وثالثاً، وهلمَّ[٢] جرّاً؛ (نَفَذَ كُلُّ شِرَاءٍ وَقَعَ بَعْدَ شِرَائِهِ)؛ يعني: أيَّ مشترٍ ضمنه يصير ذلك المشتري مالكاً للمبيع بالضمان، فيصير قد باع مِلْكه، فينفذ بيعه؛ أي: يقع صحيحاً جائزاً، وكذلك ما بعده من العقود (لَا مَا وَقَعَ قَبْلَهُ)؛ أي: لا يكون ما وقع قبل التضمين من العقود جائزاً، بل يبقى على الفساد، مثاله: لو أكره أحد آخر على بيع سلعته[٣] لآخر، ثم إن المشتري الأول باعها لثانٍ[٤]، والثاني لثالث، وهلم جرّاً، فلو أن البائع الأول المكره ضمن المشتري الأول؛ صح ما بعده من العقود كلها، وإن ضمن المشتري الثاني أو الثالث؛ صح ما بعده من العقود، وبقي ما قبله على الفساد؛ لأن الإسناد[٥] إلى وقت القبض[٦].

(وَإِنْ أَجَازَ) البائع المكره (عَقْداً مِنْهَا)؛ أي: من العقود المتداولة[٧] على المبيع (جَازَ) ما بعد العقد المجاز (وَمَا قَبْلَهُ أَيْضاً)؛ لأنه أسقط حقه بالإجازة، وهو الذي كان مانعاً عن الصحة، فلما زال المانع؛ عادت العقود كلها إلى الصحة والجواز، (وَلَهُ اسْتِرْدَادُهُ إِذَا فُسِخَ لَوْ بَاقِياً)؛ أي: لو كان المبيع بالإكراه باقياً، فللمالك الأول أن يسترده إذا فسخ البيع بعد زوال الإكراه؛ لأن العقد كان فاسداً وحكمه الفسخ والرد كما تبين، فإذا فسخ العقد يسترد المبيع.

(وَضَرْبُ سَوْطٍ وَحَبْسُ يَوْمٍ لَيْسَ بِإِكْرَاهٍ) في حق أكثر الناس؛ لأنه

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (سلعة).
(٤) في (ج): (الثاني).
(٥) في (أ): (الاستناد).
(٦) ينظر: البناية: ٤٩/١١، ونتائج الأفكار: ٢٤٣/٧.
(٧) في (أ): (المتداخل) وفي (ج): (المتداخلة).

لا يبالي بذلك نظراً إلى العادة، فلا يتحقق الإكراه به[١] (إِلَّا فِيمَنْ يَسْتَضْرِبُهُ)؛ أي: بضرب [سوط][٢] أو بحبس يوم أو بدون ذلك؛ (لِكَوْنِهِ ذَا مَنْصِبٍ) ووجاهة في الناس، فإنه ينكسر بذلك، وينثلم عرضه به، فيفوت رضاه، وهو مدار الإكراه.

(وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى أَكْلِ مَيْتَةٍ، أو دَمٍ، أو لَحْمِ خِنْزِيرٍ، أو شُرْبِ خَمْرٍ بِضَرْبٍ، أو حَبْسٍ، أو قَيْدٍ؛ لَا يَحِلُّ) له (التَّنَاوُلُ) لذلك الحرام بوجه، (وَإِنْ) أكره على ذلك (بِقَتْلٍ، أو قَطْعِ عُضْوٍ حَلَّ) التناول له؛ لأن حرمة هذه الأشياء مقيدة حالة الضرورة من التحريم[٣] بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]، (وَيَأْثَمُ بِصَبْرِهِ عَلَى التَّلَفِ)؛ أي: لا يسعه أن يصبر على ما توعد[٤] به، فإن صبر حتى أوقعوا به ذلك، ولم يتناول، كان آثماً (إِنْ عَلِمَ الْإِبَاحَةَ)[٥]؛ لأنه لما أبيح له التناول؛ كان بالامتناع معاوناً لغيره؛ أعني: المكره على إهلاك نَفْسه أو إتلاف عضوه، فيأثم (كَمَا فِي) حال (الْمَخْمَصَةِ)[٦]، فإن الحكم فيها كما ذكر ههنا.

(وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الْكُفْرِ) بالله تعالى وتقدس[٧]، (أو) أكره (عَلَى سَبِّ النَّبِيِّ ﷺ) ـ نعوذ بالله ـ (بِقَتْلٍ، أو قَطْعِ عُضْوٍ؛ رُخِّصَ لَهُ إِظْهَارُهُ، وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ)؛ أي: لو خاف قتل نفسه، أو قطع عضوه كان له رخصة[٨]

---

(١) ينظر: الحاوي القدسي: ٢/٢١٥، وكنز دقائق: ص٥٧٠.
(٢) سقط من: (أ).
(٣) في (ج): (الرضاء).
(٤) في (ج): (يوعد).
(٥) الإباحة: خطاب الشارع بالتخيير بين الفعل والترك. ينظر: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: ص١٣٩٩، التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه: ١/٢٨٠.
(٦) المخمصة: أي: في مجاعةٍ. ينظر: تفسير الطبري: ٩/٥٣٢، والكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل: ١/٦٤٠، وزاد المسير في علم التفسير: ٢/٢٨٨.
(٧) في: (ج) زيد قوله: (نعوذ بالله)
(٨) في (أ): (رخصته).

أن يجري ذلك على لسانه، لكن يكون قلبه مطمئناً بالإيمان ومتصوراً أن النبي ﷺ بريء مما تلفظ به، وإنما رخص له ذلك؛ لحديث عمار بن ياسر ﷺ[١]: (إن المشركين أخذوه ولم يتركوه حتى سب النبيَّ ﷺ، وذكر آلهتهم بخير، ثم تركوه، فأتى النبي ﷺ، وذكر ما أصابه، فقال ﷺ: «كَيْفَ وَجَدْتَ قَلْبَكَ؟» قَالَ: مُطْمَئِنّاً بِالْإِيمَانِ، فَقَالَ ﷺ: «فَإِنْ عَادُوا فَعُدْ»، وَفِيهِ نزل قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾) [النحل: ١٠٦][٢] في الكافي[٣]، والنهاية[٤]: أن قوله ﷺ: «فعد» أمر بالعود إلى طمأنينة القلب فقط لا إلى إجزاء كلمة الكفر أيضاً؛ لأنه ﷺ لا يأمر بالتكلم بالكفر[٥].

(وَيُؤْجَرُ بِالصَّبْرِ عَلَى التَّلَفِ)؛ يعني: لو صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً؛ لأن خبيب[٦] بن عدي الأنصاري ﷺ أخذه المشركون وباعوه من أهل مكة، فجعلوا يعاقبونه لتذكر آلهتهم بخير والنبي ﷺ بشرٍّ، وهو يسب آلهتهم، ويذكر النبي ﷺ بخير حتى قتلوه، وسماه النبي ﷺ أفضل الشهداء، وقال ﷺ: «هُوَ رَفِيقِي فِي الْجَنَّةِ»[٧]؛

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص٢٨٦.

(٢) رواه الحاكم، وقال: هذا الحديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وقال الحافظ: إسناده صحيح إن كان محمد بن عمار سمع أبيه، وأورده الحافظ من طرق آخرى، وقال بإثره: وهو مرسل ورجاله ثقات. ينظر: المستدرك الحكم: ٣٨٩/٢، السنن الكبرى، للبيهقي: ٢٠٨/٨، وتفسير عبد الرزاق: ٣٦٠/٢، والطبقات لابن سعد: ٢٤٩/٣، وتفسير الطبري: ١٨٢/١٤، وفتح الباري: ٣١٢/١٢، والدراية في تخريج أحاديث الهداية: ١٩٧/٢، وحلية الأولياء: ١٤٠/١.

(٣) ينظر: فتح القدير: ٢٤١/٩، ودرر الحكام: ٢٧٠/٢.

(٤) ينظر: العناية: ٢٤١/٩، والبناية: ٥٣/١١.

(٥) من قوله: (وإنما رخص) إلى قوله: (بالتكلم بالكفر) سقط من: (ج).

(٦) هو خبيب بن عدي بن مالك بن عامر الأنصاري الأوسي، شهد بدراً مع رسول ﷺ، وأسر يوم الرجيع في السرية التي خرج فيها مرثد بن أبي مرثد، وعاصم بن ثابت بن أبي الأقلح، فكان أول من صلى ركعتين عند القتل، ثم قَالَ: اللَّهمّ أحصهم عدداً واقتلهم بدداً، ولا تبقِ منهم أحداً. ينظر: أسد الغابة: ١٥٤/٢.

(٧) وفي البخاري قصة قتل خبيب وليس فيه: «إنه أكره وأنه رفيقي في الجنة»، وأما مسألة الإكراه فرواها أبو داود، والنسائي، وقال الزيلعي: غريب. ينظر: صحيح=

ولأن الحرمة باقية، وللامتناع[١] لأجل إعزاز الدِّين عزيمة.

(وَلَا رُخْصَةَ بِغَيْرِهِمَا)؛ أي: لا تثبت الرخصة بما عدا التوعد بالقتل أو القطع نحو الضرب الذي لا يؤدي إلى التلف أو الحبس، أو القيد (وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ مُسْلِمٍ بِأَحَدِهِمَا)؛ أي: بالقتل أو بالقطع[٢] (رُخِّصَ لَهُ) ذلك؛ لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة[٣]، والضرورة قد تحققت بالخوف على النَّفْس أو على العضو، والذمي كالمسلم، فالتقييد بالمُسْلم لما له من كمال العصمة، وأما جعله احترازاً[٤] عن مال الحربي، فتوهم؛ إذ لا مانع من[٥] إتلافه، فلا يتصور فيه الإكراه.

(وَ)يكون (الضَّمَانُ عَلَى الْمُكْرِهِ)؛ لأن المكرَه الذي صدر منه الفعل صار آلة للمكرِه الحامل على ذلك فيما يصلح أن يكون آلة له، (أو) أكره (عَلَى قَتْلِهِ)؛ أي: قتل غيره (أو قَطْعِ عُضْوِهِ)؛ أي: عضو ذلك الغير، (لَا يُرَخَّصُ) له أن يفعل ذلك، سواء كان الإكراه بالقتل أو غيره لم يسعه أن يقدم عليه، ويصبر حتى يقتل.

(فَإِنْ فَعَلَ) ما أكره عليه من قتل الغير أو قطعه كان آثماً؛ لأن قتل النفس مما لا يستباح بحال، فلو أقدم على قتل الغير خوفاً من أن يقتل هو نَفْسه؛ (فَالْقِصَاصُ عَلَى الْمُكْرِهِ) ـ على لفظ اسم الفاعل ـ (فَقَطْ)[٦] [إن كان القتل مما يوجب القصاص؛ لأن القاتل كالآلة له، هذا عندهما][٧]،

= البخاري: كتاب: الجهاد، باب: هل يستأسرُ الرَّجل؟ ومن لم يستأسر، ومن ركع ركعتين عند القتل، رقم الحديث (٣٠٤٥)، ونصب الراية: ٣٨٢/٤.

(١) في (ب): (والامتناع).

(٢) في (ج): (القطع).

(٣) ينظر: مختصر القدوري: ص٣٥٧، والجوهرة النيرة: ٢٥٥/٢.

(٤) في (أ): (احتراز).

(٥) في (ب) و(ج): (من له).

(٦) ينظر: بداية المبتدي: ٢٠٠/١، والمسائل البدرية: ٨٤٩/٢.

(٧) قوله: (إن كان القتل) إلى قوله: (هذا عندهما) سقط من: (أ) و(ب)، وكتبت بعبارات مضطربة بعد قوله في المتن: (لا قصاص على أحد).

(وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لَا قِصَاصٌ عَلَى أَحَدٍ) [منهما][(١)]؛ للشبهة[(٢)]، وقال زفر: القصاص على القاتل؛ لأنه مباشر، [وقال الشافعي: يقاد كل منهما الفاعل بالمباشرة، والحامل بالتسبيب][(٣)(٤)]، (وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى أَنْ يَتَرَدَّى مِنْ جَبَلٍ)؛ يعني: أن يلقي نَفْسه من أعلاه إلى حضيضه[(٥)]، فهلك، (فَفَعَلَ) ذلك، (فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمُكْرِهِ) ـ بالكسر ـ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[(٦)]؛ لأنه في معنى القتل بالمثقل، وفيه تجب الدية على العاقلة فكذا هنا، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) الدية (فِي مَالِهِ)؛ أي: مال المكره[(٧)]؛ لأن القتل الحاصل بالإكراه لا يوجب القصاص عنده[(٨)]، (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: عَلَيْهِ الْقِصَاصُ)[(٩)]؛ لأن القتل بالمثقل كان يوجب عنده[(١٠)].

(وَلَوْ أُكْرِهَ بِقَتْلٍ عَلَى تَرَدٍّ)؛ أي: سقوط من جبل مكان عال، (أو) على (اقْتِحَامِ نَارٍ أو مَاءٍ)؛ أي: أكره على أن يلقي نَفْسه في النار المحرقة أو الماء المغرِقة (وَكُلٌّ مُهْلِكٌ)، الواو حالية وما بعدها مبتدأ أو خبر؛ أي: حال كل واحد مما ذكر من التردي واقتحام النار والماء مهلك، وفي بعض النسخ: (وأكل مهلك)؛ أي: لو أكره على أكل شيء مهلك من السموم وغيرها، (فَلَهُ)؛ [أي: للمكرَه][(١١)] (الْخِيَارُ) عند أبي حنيفة (فِي الْإِقْدَامِ)

---

(١) سقط من: (ب) و(ج).
(٢) في (أ): (لا الشبهة).
(٣) قوله: (وقال الشافعي: يقاد كل منهما الفاعل بالمباشرة والحامل بالتسبيب) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: العزيز في شرح الوجيز: ١٠/١٣٩، ونهاية المطلب: ١٦/١١٥.
(٥) في (ج): (خسيسة). والحضيض: القرار من الأرض عند منقطع الجَبْل. ينظر: لسان العرب: ٧/١٣٧ مادة (حضض).
(٦) ينظر: مجمع الضمانات: ١/٤٥٦، وتحفة الفقهاء: ٣/٢٧٤.
(٧) ينظر: تبيين الحقائق: ٥/١٨٦.
(٨) في (ب): (عنه).
(٩) ينظر: الأصل: ٧/٣٢٧، ونتائج الأفكار: ٩/٢٤٩.
(١٠) في (ج): (القصاص عنده).
(١١) سقط من: (ج).

على ما أكره عليه (وَالصَّبْرِ)؛ لأنه ابتلي ببليتين متساويتين في الإفضاء إلى الهلاك، فيتخير.

(وَقَالَا: يَلْزَمُهُ الصَّبْرُ)؛ لأنه لو ألقى نَفْسه صار مباشراً في إهلاكها، فوجب الصبر تحرزاً عنه، قيّد (بالقتل)؛ لأنه لو أكره بالعصا ليس له الإقدام اتفاقاً[١]، وقيد بقوله: (كل مهلك)؛ لأنه [٣٦٦/أ] لو لم يكن كذلك كان له الإقدام اتفاقاً[٢].

(وَلَوْ وَقَعَتْ نَارٌ فِي سَفِينَةٍ) بحيث لا يمكن الخلاص عنه، (إِنْ صَبَرَ احْتَرَقَ، وَإِنْ أَلْقَى نَفْسَهُ) في البحر (غَرِقَ، فَلَهُ الْخِيَارُ عِنْدَ الْإِمَامِ) أبي حنيفة؛ لما ذكرنا[٣]، (وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: يَلْزَمُهُ الثَّبَاتُ)[٤]، لإمكان الإطفاء وضرورة الغرق بالإلقاء، وفي الصبر والثبات حياة يسيرة واغتنامها واجب؛ لأن الوجود خير، وعن أبي يوسف روايتان[٥].

(وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى طَلَاقِ) امرأته[٦]، (أو عَتَاقِ) عبده، (أو) أكره على (تَوْكِيلٍ بِهِمَا)؛ أي: بطلاق امرأته أو إعتاق عبده، ففعل؛ (نَفَذَ) ووقع ما فعله هو بنَفْسه من الطلاق والإعتاق، وما فعله الوكيل منهما[٧]، (وَيَرْجِعُ) المعتق (بِقِيمَةِ الْعَبْدِ عَلَى الْمُكْرِهِ) في الفصلين موسراً كان أو معسراً؛ لأنه ضمان إتلاف ولا سعاية على العبد؛ لأن العتق نفذ فيه من جهة مالكه، فلا حق لأحد في ماله.

(وَكَذَا) يرجع على المكره (بِنِصْفِ الْمَهْرِ لَوْ) كان (الطَّلَاقُ) المكره عليه (قَبْلَ الدُّخُولِ)[٨]، وإن لم يكن سُمي للمرأة مهرٌ يرجع على المكرِه،

---

(١) ينظر: البحر الرائق: ٨٨/٨.
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: الأصل: ٣١٨/٧.
(٥) ينظر: ينظر: الهداية: ٣١١/٢، والمسائل البدرية المنتخبة: ٨٤٩/٢.
(٦) في (ج): (امرأة).
(٧) في (ج): (فيها).
(٨) ينظر: مختصر القدوري: ص٣٥٧، والجوهرة النيرة: ٢٥٦/٢.

بما لزمه من المتعة[(١)]؛ لأن ذلك كله كان على شرف السقوط عن الزوج على تقدير مجيء الفرقة من قبل المرأة، فلما تأكد بالطلاق؛ صار إتلافاً للمال من هذا الوجه، فيضاف إلى المكره من حيث كونه إتلافاً.

(وَلَا رُجُوعَ لَوْ بَعْدَهُ)؛ أي: لا يرجع على المكره بمهر ولا غيره إن كان الطلاق المكره عليه بعد الدخول؛ لأن المهر إنما تقرر بالدخول لا بالطلاق، والدخول إنما صدر من[(٢)] الزوج، فيكون الغرم عليه، [ثم إن التضمين في صورة الإكراه على نَفْس الطلاق والإعتاق[(٣)] ثابت قياساً، وفي صورة الإكراه على التوكيل بهما إنما هو استحسان[(٤)]؛ لأن الإكراه يؤثر في فساد العقد، والوكالةُ مما لا تبطل بالشروط الفاسدة، وإنما كان قصد المكره زوال المِلْك عن الموكل في الرقبة والبضع إذا باشر الوكيل ما وكل به، فكانت السببية متحققة، وهي مدار الضمان][(٥)].

(وَصَحَّ يَمِينُ الْمُكْرَهِ، وَ) كذا (نَذْرُهُ)؛ يعني: لو أكره على أن يوجب على نَفْسه صدقةً، أو صوماً، أو حجاً، أو غيرها مما يتقرب به إلى الله تعالى، فلزمه الوفاء بها، (وَظِهَارُهُ) بأن أكره على أن يظاهر[(٦)] امرأته؛ لأنه كالطلاق في سببية الحرمة، فلا يقربها حتى يكفر، (وَلَا يَرْجِعُ) على المكره (بِمَا غَرِمَ بِسَبَبِ ذَٰلِكَ) من كفارة اليمين والظهار والمنذور[(٧)]، أما الصحة؛ فلأن هذه الأشياء لا تحتمل الفسخ بحال، فإذا وقعت بأي طريق كان لزمت، ولا

---

(١) المُتعة: وهي إن تزوج رَجل، ولم يسمّ للمرأة مهراً يجب عليه المتعة، وهي الدّرع والخمار والملحفة، ولا تزاد على نصف مهر مثلها، ولا تنقص عن خمسة دراهم. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون: ١٤٤٣/٢.

(٢) في (أ): (عن).

(٣) في (أ): (الإعطاء).

(٤) ينظر: الهداية: ٣١٢/٢، العناية: ٢٤٧/٩.

(٥) من قوله: (ثم إن التضمين) إلى قوله: (وهي مدار الضمان) سقط من: (ج).

(٦) في (أ): (يظهر). والظهار: هو قول الرَّجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي، وهو أيضاً بناءً على النشوز مأخوذ من الظهر. ينظر: أنيس الفقهاء: ص٥٧.

(٧) ينظر: تحفة الفقهاء: ٢٧٦/٣، وبداية المبتدي: ٢٠٠/١.

يعمل[١] الإكراه فيها، وأما عدم الرجوع؛ فلأن ما توجبه من الكفارة والنذور لا مطالب له من العباد في الدنيا، (وَرَجْعَتُهُ، وَإِيلَاؤُهُ، وَفَيْؤُهُ فِيهِ)؛ أي: في الإيلاء، ثَلَّثها بالرفع عطفاً على ما قبلها؛ أي: صح رجعة المكره زوجته المطلقة رجعيّاً، وصح إيلاؤه وصح فيئه في الإيلاء باللسان بأن يقول: فِئْتُ إليها؛ لأن هذه الأشياء تصح مع الهزل[٢]، فلا يعمل فيها الإكراه، (وَإِسْلَامُهُ)؛ أي: وصح إسلام المكرَه (لَكِنْ لَا قَتْلَ فِيهِ لَو ارْتَدَّ)؛ لتمكن الشبهة لاحتمال عدم الإسلام من الابتداء، فيكون كفره أصلاً، فلا يكون مرتداً.

(وَلَا يَصِحُّ إِبْرَاؤُهُ)؛ أي: لو أُكره الدائن مثلاً على أن يبرئ الغريم من الدَّين ففعل، لا يصح الإبراء؛ لأنه مما يتعلق بالرضا من الجانب[٣] الآخر، فإنه لو لم يقبل الإبراء لا يبرأ، فلم تحصل فائدته، فلا يثبت حكمه بإكراه، (وَلَا رِدَّتُهُ)؛ أي: لو أكره على أن يرتد عن الإسلام، ففعل لا تصح ردته؛ لأنها تتعلق بالاعتقاد، ألا ترى أنه لو نوى أن يكفر يصير كافراً، وإن لم يتكلم بالكفر، والإكراه دال على عدم تغير اعتقاده، (فَلَا تَبِينُ بِهَا امْرَأَتُهُ)؛ لعدم الحكم بالردة، (فَإِن ادَّعَتْ) المرأة (تَحَقُّقَ مَا أَظْهَرَهُ) الزوج بأن قالت: إنه كما أظهر الكفر، بلسانه، فكذلك اعتقده بقلبه، وقد صار كافراً، وإنّي قد بِنْتُ[٤] منه، (وَادَّعَى) الزوج (أَنَّ قَلْبَهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ صُدِّقَ) الزوج في ذلك استحساناً، والقياس: أن يكون القول قولها[٥]؛ لأن كلمة الكفر سبب للبينونة، فيستوي فيها الطائع والمكره كلفظة: الطلاق، وجه الاستحسان: أنّ هذه اللفظة[٦] غير موضوعة للفرقة، وإنما يقع باعتبار تغير الاعتقاد، ومع[٧]

---

(١) في (أ): (يعمل).

(٢) الهزل: نقيض الجِد، فلان يهزل في كلامه، إذا لم يكن جاداً. ويقال: أجاد أنت أم هازل؟ ينظر: العين، للفراهيدي: ١٤/٤، والمحكم والمحيط الأعظم: ٢٣٢/٤.

(٣) في (أ) و(ب): (بجانب).

(٤) في (ج): (بِنت).

(٥) ينظر: الاختيار: ٢٦٧/٢، كنز دقائق: ص٥٧٠.

(٦) في (ج): (اللفظ).

(٧) في (أ) و(ب): سقط الواو من قوله: (ومع).

الإكراه لا دليل على تبدله، فكان القول له؛ لأن ذلك أمر لا يعلم إلا منه.

(وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى الزِّنَا، فَفَعَلَ؛ حُدَّ مَا لَمْ يُكْرِهَهُ السُّلْطَانُ)؛ لأن الإكراه لا يوجد من غيره عند أبي حنيفة[١]، (وَعِنْدَهُمَا: لَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَبِهِ)؛ أي: بقولهما (يُفْتَى)[٢] قيل: هذا اختلاف عصر وزمان؛ لأن في زمانه لم يكن لغير السلطان تصرف في الأحكام، ولا قدرة على الإكراه، فكان إكراه غيره عدماً، [فلذلك كان يُفتي بوجوب الحد على زنا من أكرهه[٣] غير الإمام، أو[٤] في زمانهما كثرت المتغلبة والمتلصصة والظلمة، فكان الإكراه يتحقق منهم كما يتحقق من السلطان، فأفتيا بعدم وجوب الحد على المكره على الزنا بأي إكراه كان، وإنما كانت الفتوى على قولهما؛ لأنها أيسر والشبهة قائمة، والحد يندرئُ بها.

وقد قيل: إن أبا حنيفة [قد][٥] رجع إلى قولهما، ومن لم يجعل الاختلاف بحسب العصر والزمان يقول[٦]: إنما لا يجب الحد على الزاني مكرهاً عندهما؛ لوجود الشبهة[٧]، وقال أبو حنيفة أولاً، وهو قول زفر: إنه يحد[٨]؛ لأن انتشار الآلة في تلك الحال دليل الطواعية، ولو صبر المكره وامتنع عن الزنا كان مأجوراً بذلك؛ لأن الزنا لا يُباح بوجه[٩]، ولا يُرخَّص به في مِلَّة، ولا عصر][١٠].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) ينظر: الحاوي القدسي: ٢/٢١٨، الهداية: ٢/٣١٢.

(٢) ينظر: الأصل: ٧/٣٤٣، بداية المبتدي: ١/٢٠٠.

(٣) في (ج): (يكرهه).

(٤) في (ب): (و).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) في (ج): (فبقوله).

(٧) ينظر: النتف: ٢/٧٠٠، وتبيين الحقائق: ٥/١٨٩.

(٨) ينظر: الاختيار: ٢/٢٦٧، والجوهرة النيرة: ٢/٢٥٦.

(٩) في (ج): (لوجه).

(١٠) من قوله: (فلذلك كان) إلى قوله: (في ملة ولا عصر) سقط من: (ج).

كِتَابُ الْحَجْرِ

هو في اللغة: المنع مطلقاً[١]، وفي الشرع: هو منع لأشخاص مخصوصة[٢] عن أشياء مخصوصة موصوفة بأوصاف مخصوصة على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى، [وعن][٣] هذا قال المصنِّف: (هُوَ مَنْعُ نَفَاذِ تَصَرُّفٍ قَوْلِيٍّ)[٤]، وخصه[٥] بالذِّكر؛ لأن الحَجْر لا يتحقق في أفعال الجوارح.

(وَأَسْبَابُهُ)؛ أي: أسباب الحَجْر التي توجبه عندنا ثلاثة: (الصِّغَرُ)، بأن يكون غير بالغ، فإن كان غير مميز كان عديم العقل، وإن كان مميزاً فعقله[٦] ناقص، فالضرر محتمل؛ [لأنه][٧] لا يهتدي إلى مصالح نَفْسه[٨] بحال، ولا يعرف طريق تدبير المعيشة وحفظ المال الذي جعله الله تعالى

---

(١) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٦٢٤/٢، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي: ٢٢٩/١، وتهذيب اللغة: ٨٢/٤.
(٢) في (ج): (مخصوص).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: مجمع البحرين: ص٣٣٨، والجوهرة النيرة: ٢٣٩/١، ودرر الحكام: ٢٧٣/٢.
(٥) الواو من قوله: (وخصه) سقط من: (ب) و(ج).
(٦) في (ج): (ففعله).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (أ): (نفس).

قياماً[١] لحفظ النفوس والأبدان سبباً وقواماً[٢]، لكن إذا كان يعقل الجلب والسلب وأَذِنَ له وليه؛ يصح تصرفه عندنا.

(وَالْجُنُونُ)، فإن عدم الإفاقة كان عديم العقل كصبي غير مميز، وإن وجدت في بعض الأوقات كان ناقص العقل كصبي عاقل في تصرفاته.

(وَالرِّقُّ)؛ لأن[٣] الرقيق له أهلية في نَفْسه إذا كان عاقلاً بالغاً[٤]، ولكن الحَجْر يكون عليه لمعنى عائد إلى حق المولى؛ لئلا يتعطل منافع عبده عليه، ولا يملك رقبته وأكسابه لأجل تعلق الدَّين بها، لكن إذا أذن له مولاه في التصرف، فقد رضي بإبطال حقه.

إذا تقرر هذا؛ (فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُ صَبِيٍّ) عاقل [أ/٣٦٧] مثل البيع إنما قيدنا بالعاقل؛ لأن تصرف صبي غير[٥] عاقل لا يجوز أصلاً (أو عَبْدٍ بِلَا إذْنِ وَلِيٍّ أو سَيِّدٍ) [فيه لف ونشر، فالأول بالأول والثاني بالثاني][٦].

(وَلَا) يصح أيضاً (تَصَرُّفُ الْمَجْنُونِ الْمَغْلُوبِ) على عقله (بِحَالٍ)[٧] [قوله: (بحال) يجوز أن يتعلق بقوله: (المغلوب)، فحينئذ معنى الكلام: لا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال دون حال إذا تصرف في حالة الجنون سواء أذن المولى أو لم يأذن، ويجوز أن يتعلق بقوله: (لا يصح)، فحينئذ معنى الكلام: لا يصح بحال سواء أذن له[٨] المولى أو لم يأذن إذا تصرف في هذه الحالة، وعلى التقديرين][٩]: المراد بالمجنون: المغلوب

---

(١) في (أ) و(ب): (قياساً).
(٢) في (أ): (وقولنا).
(٣) في (أ) و(ب): (فإن).
(٤) ينظر: خلاصة الدلائل: ٤٠١/١، ومختصر القدوري بهامشه الترجيح التصحيح على القدوري: ص٢٠٣، واللباب: ١٦٣/٣.
(٥) في (أ): (عن).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: خلاصة الدلائل: ٤٠١/١، والحاوي القدسي: ١٩٩/٢.
(٨) سقط من: (ج).
(٩) من قوله: (قوله بحال) إلى قوله: (وعلى التقديرين) سقط من: (ج).

الذي يجن ويفيق، وهو المعتوه[١] لا الذي لا يفيق أصلاً كما قالوا، ليكون مرجع الضمير في قوله: (**وَمَنْ عَقَدَ مِنْهُمْ**) مذكوراً؛ ولأن الذي لا يفيق أصلاً هو مسلوب العقل لا المغلوب، (**وَهُوَ يَعْقِلُهُ**)؛ أي: يعرف بأن البيع سالب للمِلْك، والشراء جالب له، احترز به عن المجنون المغلوب والصبي الغير المميز، (**فَوَلِيُّهُ**) كالأب والوصي والمولى (**مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُجِيزَهُ أو يَفْسَخَهُ**) وأراد بالعقد: ما دار بين النفع والضرر، بخلاف الاتّهاب، حيث يصح بلا إذن الولي، وبخلاف الطلاق والعتاق حيث لا يصحان وإن أذن الولي.

(**وَمَنْ أَتْلَفَ مِنْهُمْ شَيْئاً**) لغيره؛ (**فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ**)، فيؤدي البدل من مال الصبي والمجنون حالاً، والعبد يلزمه الأداء بعد العتق[٢]، (**وَلَا يَصِحُّ طَلَاقُ الصَّبِيِّ أو الْمَجْنُونِ**)؛ لقوله ﷺ: «**كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه**»[٣]، (**وَلَا إِعْتَاقُهُمَا**)؛ [لتمحضه في الضرر، (**وَلَا إِقْرَارُهُمَا**)[٤]؛ لثبوت نقصان في عقلهما.

(**وَصَحَّ طَلَاقُ الْعَبْدِ**) العاقل البالغ؛ لعموم ما روينا من الحديث، (**وَإِقْرَارُهُ**) [أيضاً][٥] (**فِي حَقِّ نَفْسِهِ**)؛ لقيام أهليته؛ لكونه إنساناً مُكلَّفاً (**لَا**)؛ أي: لا يصح، (**فِي حَقِّ سَيِّدِهِ**) رعاية[٦] لجانبه؛ لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدَّين برقبته أو[٧] كسبه، وكلاهما إتلاف ماله، (**فَلَوْ أَقَرَّ**) العبد (**بِمَالٍ**) هذا تفريع على قوله: (لا في حق سيده)، (**لَزِمَهُ بَعْدَ عِتْقِهِ**)؛ لوجود

---

(١) المعتوه: هو الذي يُصِبه فساد في عقله من وقت الولادة. ينظر: طلبة الطلبة: ص٢٦٠.

(٢) ينظر: المختصر القدوري: ص١٤١، والحاوي القدسي: ١٩٩/٢، واللباب: ١٦٤/٣.

(٣) رواه الترمذي، وضعفه، وروواه الرزاق، والبيهقي موقوفاً عن علي، وقال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ. ينظر: سنن الترمذي: ٤٨٧/٢، مصنف عبد الرزاق: ٧٨/٧، والسنن الكبرى، للبيهقي: ٣٥٩/٧، ونصب الراية: ٣٨٦/٤.

(٤) سقط من: (ج).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) في (أ): (رعايته).

(٧) في (ج): (و).

الأهلية وزوال المانع، وإنما لم يلزمه في الحال؛ لقيام المانع.

(وَإِنْ) أقر (بِحَدٍّ أو قَوَدٍ) تفريع على قوله: (وإقراره في حق نفسه)، (لَزِمَهُ فِي الْحَالِ)، فلا يؤخر إلى عتقه؛ لأنه مبنيٌّ[1] على أصل الحرية في [حق][2] الدم، حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك، (وَلَا يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ)، السفه: خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع أو العقل[3]، [مع قيام العقل، وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل][4].

(وَإِنْ كَانَ مُبَذِّراً) مسرفاً[5] يتلف ماله، (وَمَنْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ)، ومعنى الرشد: أن ينفق المال فيما يحل، ويمسكه عما[6] يحرم، ولا يتصرف فيه بالتبذير والإسراف (لَا يُسْلَمُ إِلَيْهِ مَالُهُ) اتفاقاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥] إلى قوله: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦] الآية (مَا لَمْ يَبْلُغْ سِنُّهُ)؛ أي: غير الرشيد (خَمْساً وَعِشْرِينَ) سَنَة، (فَإِذَا بَلَغَهَا؛ دُفِعَ إِلَيْهِ) ماله؛ لأن هذا السن مظنة الرشد؛ لأنه حال كمالِهِ؛ لكونه جدّاً فيه، وإنما قيد بقوله[7]: (غير رشيد)؛ لأنه لو بلغ رشيداً، ثم صار سفيهاً؛ لم يمنع عنه المال عند أبي حنيفة[8].

(وَإِنْ لَمْ يُؤْنَسْ رُشْدُهُ)؛ إذ لا فائدة للمنع بعدها فلزمه الدفع، (وَإِنْ تَصَرَّفَ) غير الرشيد بشيء (فِيهِ)؛ أي: في المال (قَبْلَ ذَلِكَ)؛ أي: قبل الأجل المذكور[9]، (نَفَذَ) تصرفه؛ لقيام أهليته هذا

---

(١) في (ب): (مبقي) وفي (ج): (يبقى).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: طلبة الطلبة: ص٣٢٤، وكتاب التعريفات: ص٨٦.
(٤) من قوله: (مع قيام العقل) إلى قوله: (أو العقل) سقط من: (ج).
(٥) في (أ) و(ب): (مفسداً).
(٦) في (ج): (فيها).
(٧) في (ج): (بكونه).
(٨) ينظر: النتف: ٧٥٠/٢، وخزانة الفقه: ص٨٩.
(٩) في (ج): (المذكورة).

عنده[١]، (وَعِنْدَهُمَا)[٢] وعند الشافعي[٣][٤]: (يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ، وَلَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ مَا لَمْ يُؤْنَسْ رُشْدُهُ)؛ لظاهر النص المذكور آنفاً.

(وَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ)؛ لأنه مبذر بصرف ماله على خلاف مقتضى العقل، فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي، بل هذا أولى؛ لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير، وفي حق السفيه حقيقة، ولهذا يمنع ماله عنه، لكن المنع لا يفيد بدون الحَجْر؛ لأنه يتلف بلسانه ما منع عن يده، ولأبي حنيفة: إنه مخاطب حر عاقل بالغ، فلا يحجر عليه كالرشيد؛ وهذا لأن الحَجْر سلب الولاية عن نفسه، وفي ذلك إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم، وأنه ضرر عال، فلا يرتكب لأجل التبذير الذي هو ضرر دان[٥][٦]؛ لأن الأعلى لا يحتمل لأجل الأدنى[٧].

(فَإِنْ بَاعَ لَا يَنْفُذُ) تفريع على قوله: (لا يصح تصرفه) وتمهيد لقوله: (وَإِنْ) كان (فِيهِ مَصْلَحَةٌ أَجَازَهُ الْحَاكِمُ)؛ لأن ركن التصرف قد وجد، والتوقف إنما كان لأجل النظر له، وقد نصب الحاكم ناظراً، فيتحرى المصلحة فيه.

(وَإِنْ أَعْتَقَ) السفيه المحجور عبده (نَفَذَ) العتق عندهما[٨]، خلافاً

---

(١) في (أ): (عند).
(٢) ينظر: العناية: ٢٥٩/٩، والبناية: ٨٨/١١.
(٣) في (ج): (أي: عند أبو يوسف ومحمد والشافعي).
(٤) ينظر: الأم: ٤٥٩/٤، والتنبيه في الفقه الشافعي: ١٠٢/١، وفتح العزيز في الشرح الكبير للرافعي: ٢٧٦/١٠.
(٥) في (ج): (أدنى).
(٦) قاعدة فقهية: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، معنى القاعدة: إن الأمر إذا دار بين ضررين أحدهما أشد من الآخر، ولا بد من ارتكاب أحدهما، فيحتمل الضرر الأخف ويرتكب، ولا يرتكب الأشد؛ لأن في ارتكاب الضرر ـ وهو مفسدة ـ مباشرة للحرام ـ وفعله لا يجوز إلا لضرر ـ ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها ـ جاز ارتكاب الأخف؛ لاندفاع الضرورة به، ولا يرتكب الأشد؛ لأنه لا ضرورة في حق الزيادة. ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ٨٩، الأشباه والنظائر، للسيوطي: ٨٧.
(٧) ينظر: الجوهرة النيرة: ٢٤١/١، ومختصر القدوري بهامشه الترجيح والتصحيح على القدوري: ص٢٠٤.
(٨) ينظر: مختصر القدوري: ١٤٢، والهداية: ٣١٧/٢، والحاوي القدسي: ٢٠١/٢.

للشافعي[١]؛ لأن الأصل عندهما: أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحَجْر، [وذلك لأن كلّاً من الهازل والسفيه يخرج كلامه على خلاف نهج العقلاء، اتباعاً للهوى ومكابرة للعقل، لا لعدم العقل، وعتق الهازل صحيح، فكذلك[٢] المحجور، وعند الشافعي: أن الحَجْر بسبب السفه بمنزلة الحَجْر بسبب الرق[٣]، حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته سوى الطلاق، والرقيق لا يملك العتق، فكذلك المحجور بالسفه][٤]، (وَسَعَى الْعَبْدُ فِي قِيمَتِهِ)؛ لأن الحَجْر كان لمعنى النظر، وموجب رد العتق، لكن لما كان غير قابل للرد؛ جعلت القيمة عوضاً عنه.

(وَإِنْ دَبَّرَ) المحجور عبده (صَحَّ) تدبيره؛ لأنه إيجاب لحق العتق، فيُعتبر بحقيقته إلا أنه لا تجب السعاية ما دام المولى حيّاً؛ لبقاء العبد على مِلْكه، (فَإِنْ مَاتَ) المحجور (قَبْلَ رُشْدِهِ؛ سَعَى الْعَبْدُ) للورثة (فِي قِيمَتِهِ مُدَبَّراً)؛ لأنه عتق بموته، وهو مدبر، فصار كما لو أعتقه بعد التدبير، فإنه يلزم العبد السعي بقيمته مدبراً، وقد مرَّ بيانها.

(وَيَصِحُّ تَزَوُّجُهُ)؛ أي: المحجور؛ لأن النكاح لا يؤثر فيه الهزل؛ ولأنه من الحوائج الأصلية (بِمَهْرِ الْمِثْلِ)؛ لأنه من ضرورات النكاح، (وَإِنْ سَمَّى) لها (أَكْثَرَ) من مهر المثل (بَطَلَتْ الزِّيَادَةُ) على مهر المثل؛ لأنه لا ضرورة فيه، (وَتُخْرَجُ زَكَاةُ مَالِ السَّفِيهِ)؛ لأنه واجب عليه، قُيّد (بالسفيه) احترازاً عن مال الصبي؛ إذ لا زكاة فيه، كما بين في محله، (وَيُنْفَقُ مِنْهُ عَلَيْهِ)؛ أي: يفرض[٥] له نفقته[٦] في ماله، وينفق القاضي[٧] ذلك عليه، (وَعَلَى مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ) كأولاده وزوجته ومن يجب

(١) ينظر: الحاوي الكبير: ٣٦٠/٦، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٣٦٨/٤.
(٢) في (ج): (وكذلك).
(٣) ينظر: الجواهر العقود: ١٣٣/١.
(٤) من قوله: (وذلك لأن) إلى قوله: (المحجور بالسفه) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (يعرض).
(٦) في (ج): (نفقته عن أقاربه).
(٧) في (ج): (الماضي).

على السفيه نفقته من أقاربه؛ لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه الأصلية، والإنفاق على أقاربه واجب عليه حقاً له، والسفه[١] لا يبطل حقوق الناس[٢].

(ويدْفَعُ الْقَاضِي قَدْرَ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ لِيُؤَدِّيَ) هو ذلك (بِنَفْسِهِ) إلى المصرف؛ لأنه لا بدَّ من نيته؛ لكونها عبادة (وَيُوَكِّلُ) عليه (أَمِيناً إِلَى أَنْ يُؤَدِّيَهَا)؛ أي: يجعل عليه أميناً يمنعه من صرف ذلك إلى غير مصارف [أ/٣٦٨] الزكاة، (فَإِنْ أَرَادَ) المحجور (حَجَّةَ الْإِسْلَامِ) وهي التي تجب في العمر مرة واحدة، بخلاف الثانية وما بعدها؛ لأنها [تكون][٣] تطوعاً[٤]، وفيها إتلاف المال، فيمنع عنها، (لَا يُمْنَعُ مِنْهَا)؛ لأنها واجبة بإيجاب الله تعالى من غير منع العبد، فيُعان على إقامتها، (وَلَا) يمنع (مِنْ عُمْرَةٍ وَاحِدَةٍ) استحساناً[٥]؛ لأن العلماء اختلفوا في أنها واجبة أو لا، والاختلاف دليل الإمكان، فلا يمنع منها أيضاً (وَتُدْفَعُ نَفَقَتُهُ إِلَى ثِقَةٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي الطَّرِيقِ) من الحجاج، وأما[٦] هو فإنما[٧] يأتي بأفعال الحج أو العمرة، والنفقة (لَا) تدفع (إِلَيْهِ) لئلا ينفقها في غير محلها، وذلك يُوجب تعطل[٨] تلك العبادة، (وَتَصِحُّ مِنْهُ الْوَصِيَّةُ بِالْقُرَبِ) جمع قربة، وهي ما يتقرب به إلى مرضاةِ الله تعالى (وَأَبْوَابُ الْخَيْرِ)، كالوقف على العلماء والوصية للفقراء، لكن تنفذ وصيته بذلك (مِنْ الثُّلُثِ؛) لأن النظر له في ذلك.

(وَيُحْجَرُ عَلَى الْمُفْتِي الْمَاجِنِ)، هو الذي يُعلِّم الناس الحيل؛

---

(١) في (ج): (والسفيه).
(٢) ينظر: الهداية: ٣١٨/٢، ومجمع البحرين: ص٣٤٠.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (تطوع).
(٥) ينظر: بداية المبتدي: ٢٠١/١، واللباب: ١٧٥/٣.
(٦) في (ج): (وإنما).
(٧) في (ج): (قائماً).
(٨) في (أ): (تعطي).

لإسقاط[(١)] الزكاة، وإسقاط الشفعة، ويُفتي للمرأة بأنها إذا كفرت تَبِينُ[(٢)] من زوجها ونحوها، (وَ) يُحْجَر (الطَّبِيبِ الْجَاهِلِ) هو الذي لا يعلم دواء الأمراض، فيسقي[(٣)] دواء[(٤)] مهلكاً[(٥)].

(وَ) يُحْجَر (الْمُكَارِي الْمُفْلِسِ): هو الذي يكاري الدابة، ويأخذ الكراء[(٦)(٧)]، فإذا جاء أوانُ السفر لا دابة له ولا مال له ليشتري [به][(٨)] الدابة، فينقطع المكري عن الرفقة[(٩)]، فيُحْجر هؤلاء (اتِّفَاقاً) رفعاً لتضرر[(١٠)] الناس، [ولو قال: (ويمنع) مكان قوله: (ويحجر)؛ لكان[(١١)] أولى؛ لأن هؤلاء لا يحجرون حقيقة بل يمنعون، وقد حقق ذلك ابن كمال باشا][(١٢)(١٣)].

(وَلَا يُحْجَرُ عَلَى فَاسِقٍ)، ويُحْجَر عند [الشافعي][(١٤)] زجراً له عن

---

(١) في (أ): (لإسقاطه).
(٢) أي: الارتداد لتبين المرأة من زوجها. ينظر: تبيين الحقائق: ١٩٣/٥، ودرر الحكام: ٢٧٤/٢.
(٣) في (ج): (فيبقى).
(٤) في (أ) و(ب): (دوام).
(٥) ينظر: تبيين الحقائق: ١٩٣/٥، ودرر الحكام: ٢٧٤/٢.
(٦) في (ج): (الكيراء).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق: ١٩٣/٥، وكتاب التعريفات: ص١٥٨، والتعريفات الفقهية: ص٤٩٨ ـ ٥٠٢.
(٨) سقط من: (ج).
(٩) في (أ): (الرفقته).
(١٠) في (أ) و(ب): (لضرر).
(١١) في (أ): (أكان).
(١٢) من قوله: (ولو قال) إلى قوله: (ابن كمال باشا) سقط من: (ج).
(١٣) هو أحمد بن سليمان بن كمال باشا، شمس الدِّين، قاضٍ من العلماء بالحديث ورجاله، تركي الأصل، مستعرب، (ت٩٤٠هـ)، من تصانيفه: إيضاح الإصلاح في فقه الحنفية، وتغيير التنقيح في أصول الفقه، ومجموعة رسائل تشتمل على ٣٦ رسالة، وطبقات الفقهاء. ينظر: الفوائد البهية: ص٢١، الشقائق النعمانية: ١٢١/١، والكواكب السائرة: ١٠٨/٢، والأعلام: ١٣٣/١.
(١٤) سقط من: (أ).

الفسق وعقوبة عليه، كما يمنع عن قَبُول شهادته(١)، ولنا: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، الآية، وقد أُنِسَ منه نوع رشد، فتتناوله النكرة المطلقة، (وَمُغَفَّلٍ) وهو الذي يُغبن في التجارات؛ لسلامة قلبه ولا يصبر(٢) عنها(٣) (إِذَا كَانَ) كل واحد منهما (مُصْلِحاً لِمَالِهِ)؛ لأن الحَجْر للفساد في المال لا في الدِّين.

(وَلَا) يُحجر (عَلَى مَدْيُونٍ) حُر؛ لأن في الحَجْر إهدار أهلية، فلا يجوز لدفع ضرر خاص، (وَلَا بِبَيْعِ الْقَاضِي مَالَهُ فِيهِ)؛ يعني: لو طلب أرباب(٤) الديون أن يبيع القاضي مال المديون ويوفيهم ديونهم؛ لأنه نوع حَجْر، (بَلْ يَحْبِسُهُ أَبَداً حَتَّى يَبِيعَهُ هُوَ بِنَفْسِهِ)؛ لأن قضاء الدَّين واجب عليه، والمماطلة ظلم، فيحبسه(٥) الحاكم دفعاً لظلمه، وإيصالاً للحق إلى مستحقه.

(فَإِنْ كَانَ مَالُهُ مِنْ جِنْسِ دَيْنِهِ) بأن كان دَينه دراهم أو دنانير، [وماله كذلك دراهم أو دنانير](٦)؛ (أَدَّاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ، وَيَبِيعُ أَحَدَ النَّقْدَيْنِ بِالْآخَرِ اسْتِحْسَاناً)؛ يعني: إن كان دَينه دراهم وله دنانير أو بالعكس من ذلك باعها القاضي [في دَينه](٧) استحساناً عند أبي حنيفة(٨)، والقياس: أن لا يبيعها كما في العروض(٩)، [ولهذا لم يكن للدائن أن يأخذه جبراً مع أنه

---

(١) ينظر: النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وبين أبي حنيفة: ٥٦٧/١، ٥٨٩، والنجم الوهاج: ٣٩٧/٤.
(٢) في (أ) و(ب): (يصير).
(٣) ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع: ٤٩٨/١، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: ٣٢٢/٣.
(٤) في (أ): (أي: باب).
(٥) في (ب): (فيجب).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) ينظر: الاختيار: ٢٤٥/٢، وخلاصة الدلائل: ٤٠٩/١.
(٩) العُرُوض جمع العرض: وهو الأثمان من المال على اختلاف أنواعه، من النبات=

له ذلك إذا ظفر بجنس حقه، وجه الاستحسان: أنهما متحدان في الثمنيّة والمالية، مختلفان في الصورة والجنسية، فبالنظر إلى الأول ثبت للقاضي ولاية الصرف، وبالنظر إلى الاختلاف يمنع الدائن على الأخذ بنفسه عملاً بالشبهين، بخلاف العروض؛ لأن الأعراض تتعلق بصورها وأعيانها، والنقود وسائل، فافترقا][(١)].

(وَعِنْدَهُمَا: يُحْجَرُ عَلَيْهِ)؛ أي: للقاضي أن يحجر على المديون[(٢)] (إِنْ طَلَبَ غُرَمَاؤُهُ وَيُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالْإِقْرَارِ) لغير الغرماء الذين حَجر لأجلهم، (وَيَبِيعُ الْحَاكِمُ مَالَهُ إِنْ امْتَنَعَ) المديون (مِنْ بَيْعِهِ) بنَفْسه أو بوكيله[(٣)]، وأَلَحّ الغرماء (وَيَقْسِمُهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ بِالْحِصَصِ، وَإِنْ أَقَرَّ حَالَ حَجْرِهِ) بحق يُوجب مالاً (لَزِمَهُ) ذلك (بَعْدَ قَضَاءِ دُيُونِهِ لَا فِي الْحَالِ)؛ لأنه تعلق بما في يده من المال حق الأولين، فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم، أما لو استفاد مالاً آخر بعد الحَجْر؛ نفذ إقراره فيه؛ لأن حق أرباب الدَّين لم يتعلق به حيث كان وقت الحَجْر معدوماً، (وَيُنْفِقُ مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ) المحجور (عَلَيْهِ) أولاً (وَعَلَى مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ) كائناً من كان كزوجته وأولاده وذوي أرحامه؛ لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء، والحق الذي أثبته الشرع لغيره لا يبطل بالحَجْر، (وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا فِي بَيْعِ مَالِهِ لِامْتِنَاعِهِ، وَتُبَاعُ النُّقُودُ) أولاً، (ثُمَّ الْعُرُوض إنْ لم تفِ النقود بالديون، ثُمَّ الْعَقَارُ) أيضاً، كذلك يبدأ بالأيسر فالأيسر[(٤)].

(وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتٌ مِنْ ثِيَابِ بَدَنِهِ)؛ يعني: واحداً واحداً من كل نوع

= والحيوان والعقار وسائر المال. ينظر: المغني، لابن قدامة: ٣٠/٣، ومنتهى الإرادات: ٤٠٧/١.

(١) من قوله: (ولهذا لم يكن) إلى قوله: (وسائل فافترقا) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: مجمع البحرين: ص٣٤١، واللباب: ١٧٩/٣.

(٣) في (أ): (بوكيل) وفي (ج): (وكيله).

(٤) ينظر: الحاوي القدسي: ٢٠٢/٢، ونتائج الأفكار: ٢٨٢/٩.

كقميص واحد، وسروالٍ واحد، وعمامة، وهلم جرّاً؛ لأن الكفاية تقع بذلك، والضرورة تندفع به، وقد يستدل لهما بما روي أن النبي ﷺ: «باع على معاذ بن جبل[(١)] ﷺ وقضى ديونه»[(٢)]، (وَقِيلَ): يترك له (دَسْتَانِ)؛ أي: اثنين اثنين من كل نوع، ويباع ما عدا ذلك؛ لأن ثيابه إذا لم تتعدد يقعد في بيته ملوماً محسوراً إذا غسل ثيابه، والظاهر: أن الناس يتفاوتون في مثل[(٣)] ذلك[(٤)]، فينبغي للحاكم أن يُعتبر[(٥)] حال المفلس ومرتبته ووجاهته وجاهه بين الناس، ويبقي له ما يليق بذلك[(٦)]؛ لأن حق نفسه مُقدَّم على حق الغير كما في تجهيز الميت.

(وَمَنْ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ مَتَاعُ رَجُلٍ) كان قد (شَرَاهُ مِنْهُ) ولم يزن له الثمن، (فَرَبُّ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ [الْغُرَمَاءِ])[(٧)]؛ أي: مساوٍ للغرماء (فِيهِ)؛ لأن حقوقهم متساوية في القوة، بخلاف ما إذا كان ذلك المتاع عند المرتهن[(٨)]؛ لتعلق حقه فيه مخصوصة، فلا يشاركه فيه غيره، أراد بعنده أنه قبضه بإذن بائعه، واحترز به عمن أفلس قبل قبض[(٩)] عرض شراه، فإن بائعه لا يكون أسوة الغرماء، بل له أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن، وعمن أفلس بعد

(١) ينظر: خليج البحار: ص٨٣٢.

(٢) رواه الدارقطني، والحاكم، والبيهقي، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي، ورواه ابن المبارك مرسلاً، والمشهور في الحديث الإرسال، ونقل الحافظ ابن حجر عن ابن الطلاع قوله: حديث ثابت. ينظر: سنن الدارقطني: ٤١٧/٥، والمستدرك: ٣٠٦/٣، ومصنف عبد الرزاق: ٢٦٧/٨، والسنن الكبرى للبيهقي: ٤٨/٦، والتحقيق: ٢٠٢/٢، وتنقيح التحقيق لابن الهادي: ١٣٢/٤، والتلخيص الحبير: ٩٩/٣، ومجمع الزوائد: ٢٥٤/٤.

(٣) من قوله: (ويباع) إلى قوله: (يتفاوتون في مثل) سقط من: (ج).

(٤) في (ج): (وكذلك).

(٥) في (ج): (يعتبرى).

(٦) في (ج): (بذلك ما يليق).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) في (ج): (المرتهنين).

(٩) في (ج): (قبضه).

قبضه[١] بغير إذن بائعه، فإن لبائعه أن يسترده، ويحبسه بالثمن[٢].

❀ ❀ ❀

[فِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْبُلُوغِ]

فصل في بيان حد البلوغ، وما يتعلق بذلك من الأحكام، فعندنا: (يُحْكَمُ بِبُلُوغِ الْغُلَامِ) عبر به؛ لأنه يصدق على الصبي والبالغ (بِالِاحْتِلَامِ)، وهو أن يرى في المنام أنه يجامع، فينزل، (وَالْإِنْزَالِ) إذا[٣] وطئ في اليقظة، (أو الْإِحْبَالِ) إذا جامع امرأة، فحبلت منه، فهذه الثلاثة يثبت بها[٤] البلوغ حقيقة في حق الغلام[٥]، (وَ)يحكم (بِبُلُوغِ الْجَارِيَةِ بِالْحَيْضِ) إذا رأت الدم، (وَالِاحْتِلَامِ) إذا وجدت لذة الإنزال في المنام، (أَوْ الْحَبَلِ) إذا ظهرت عليها علاماته، فهذه المذكورات يثبت بها بلوغ الجارية حقيقة، ولم يذكر الإنزال في علامات بلوغها؛ إذ قلما يعلم إنزالها بخلاف الصبي[٦].

(فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ) في حق الغلام أو الجارية، (فَإِذَا تَمَّ لَهُ)؛ أي: للغلام، من مولده (ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً) وفي بعض النسخ: ثمانية عشرة سنة على تأويل الحول أو العام، (وَلَهَا)؛ أي: للجارية، كذلك (سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً) يحكم ببلوغهما عند أبي حنيفة[٧]، ووجه على ما قالوا: إنه جاء في الحديث «أيما صبي حج ولو عشر حجج [أ/٣٦٩] ثم بلغ؛

(١) من قوله: (عرض شراه) إلى قوله: (بعد قبضه) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: التنبيه على مشكلات الهداية: ٥/٦٥٠، والعناية: ٩/٢٧٦.
(٣) إذا سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (فيه).
(٥) ينظر: الهداية: ٢/٣١٩، وخلاصة الدلائل: ١/٤٠٧، وتبيين الحقائق: ٥/٢٠٣.
(٦) ينظر: العناية: ٩/٢٧٠، البناية: ١١/١٠٩، ودرر الحكام: ٢/٢٧٥.
(٧) ينظر: بدائع الصنائع: ٧/١٧٢، ونتائج الأفكار: ٩/٢٧٦.

فعليه حجة الإسلام»[١]، ومن المعلوم أنه [إنما][٢] يستغني عن الحضانة بأن يأكل ويشرب وحده، ويتعاطى مصالح نفسه بيده إذا تم له سبع سنين، فإذا ضمت[٣] إلى العشرة؛ صار المجموع سبع عشرة، ثم إنه لا يخرج عن عهدة حجة الإسلام إلا بعد سنة أخرى، فكمل له ثماني عشرة[٤] سَنَة، ومقتضى العادة أن يكون الأنثى أسرع نشوءاً من الذكور، فنقصت عنه القَدْر المقتضى؛ أعني: الواحد، فصار سبع عشرة سَنَة.

(وَعِنْدَهُمَا: إِذَا تَمَّ) عمر كل منهما (خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً) حكم بثبوت البلوغ (فِيهِمَا)؛ أي: في الغلام والجارية، (وَهُوَ رِوَايَةٌ) أيضاً (عَنِ الْإِمَامِ) أبي حنيفة (وَبِهِ يُفْتَى)[٥]، [وبه قال الشافعي[٦]، للعادة الغالبة؛ إذ العلامات تظهر في هذه المدة غالباً، فجعلوا المدة علامة في حق من لم تظهر له العلامة][٧]، (وَأَدْنَى مُدَّتِهِ)؛ أي: أقل مدة البلوغ (لَهُ)؛ أي: للغلام (اثْنَتَا عَشْرَ سَنَةً، وَلَهَا)؛ أي: للجارية (تِسْعُ سِنِينَ)؛ إذ قد يظهر لهما في هذا السن علامة البلوغ، (وَإِذَا رَاهَقَا)؛ أي: إذا قارب الغلام

---

(١) رواه الطبراني، والحاكم وغيرهما مرفوعاً، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، وصوب أكثرهم وقفه، وقال الحافظ في الدراية: لم أجد ذكر «عشر حجج» وقال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح، ينظر: المعجم الأوسط، للطبراني: ١٤٠/٣، والسنن الكبرى، للبيهقي: ٢٩١/٥، والمستدرك: ٦٥٥/١، والأحاديث المختارة، للمقدسي: ٥٤٧/٩، ومصنف ابن أبي شيبة: ٣٥٤/٣، والجمع بين الصحيحين: ١١٧/٢، والإلمام بأحاديث الأحكام: ٣٦٧/١، ونصب الراية: ٧/٣ ١٨/٦، ومجمع الزوائد: ٥٠٦/٣ ـ ٥٠٧، والتلخيص الحبير: ٤٨١/٢، والدراية: ٣/٢.

(٢) سقط من: (أ).

(٣) في (ج): (تمت).

(٤) في (أ) و(ب): (عشر).

(٥) ينظر: مجمع البحرين: ص٣٤١، وخلاصة الدلائل: ٤٠٧/١.

(٦) ينظر: منهاج الطالبين وعمدة المفتين: ١٢٣/١، وجواهر العقود: ١٣٣/١، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب: ٣٣٦/٣.

(٧) من قوله (وبه قال الشافعي) إلى قوله: (له العلامة) سقط من: (ج).

والجارية الحلم وأشكل أمرهما في البلوغ بأن لم يبلغا هذا السن (وَقَالَا): قد (بَلَغْنَا؛ صُدِّقَا) فيه، (وَكَانَا كَالْبَالِغِ حُكْماً)؛ لأن البلوغ لما كان حاصلاً في هذه السن ولو نادراً، و[1] كان مما يعرف منهما كالحيض قبل إقرارهما به ضرورة[2].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) (و) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: مختصر القدوري: ص١٤٣، الحاوي القدسي: ٢/٢٠٠، كنز الدقائق: ص٥٧٣.

كتاب المأذون

(الْإِذْنُ) في اللغة: الإعلام[١]، وفي الشرع: (فَكُّ الْحَجْرِ) الثابت بالرق، فكأنَّ المولى أعلمَ العبد بفك الحَجْر عنه، وأعلم التجار[٢] بإجازته لتصرفه[٣] حتى يعاملوه، ولو قيده بأن قال: (في التجارة) لكان أولى؛ لأن الحَجْر لا ينفك عن العبد المأذون في غير باب التجارة، (وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ) عندنا[٤]؛ يعني: حق المنع لا حق المولى؛ لأنه مع اختصاصه بإذن العبد غير صحيح؛ لأن حق المولى لا يسقط إلا[٥] بالإذن، ولذلك يأخذ من كسبه[٦] جبراً، والمسقط هو المولى إن كان المأذون رقيقاً، والمولى إن كان صبياً، وعند زفر والشافعي: هو توكيل وإنابة[٧].

(ثُمَّ يَتَصَرَّفُ الْعَبْدُ) عطف على المعنى، فكأنه قال: إذا أذن المولى

---

(١) ينظر: غريب الحديث، لابن قتيبة: ١٧٢/١، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي: ص٥٤، ومعجم مقاييس اللغة: ص٥٠، وأساس البلاغة: ٢٣/١.

(٢) في (ج): (التجارة).

(٣) في (ج): (وتصرفه).

(٤) ينظر: الهداية: ٣٢٥/١، والعناية: ٢٨١/٩، والجوهرة النيرة: ٣٦٥/١، والبناية: ١٣١/١١.

(٥) (إلا) سقط من: (ج).

(٦) في (ج): (سببه).

(٧) ينظر: الاختيار: ٢٥٠/٢، والعناية: ٢٨٨/٩، والتنبيه على الفقه الشافعي: ١٠٨/١، ومغني المحتاج: ٢٣١/٣، وحاشيتا قليوبي وعميرة: ٤٢٣/٢.

بفك[١] العبد من الحَجْر، ثم تصرف إلى آخره (بِأَهْلِيَّتِهِ)، التي هي ثابتة له باعتبار الآدمية، ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة عن أداء الثمن وغيره، (فَلَا يَلْزَمُ سَيِّدَهُ عُهْدَتُهُ)، [فإنه][٢] إذا[٣] اشترى شيئاً لا يطلب الثمن من المولى؛ لأنه مشترٍ لنفسه، والوكيل يطلبه من الموكل، (وَلَا يَتَوَقَّتُ) الإذن، فمجموع المعطوفين مُتفرِّع على مجموع جزء التعريف على التوزيع، فإن عدم الرجوع؛ لكون الإذن فك الحَجْر وعدم التوقيت؛ لكونه إسقاطاً، فإن الإسقاط لا يتوقت، إلا أنه أخر هذا عن قوله: (ثم يتصرف العبد بأهليته)؛ لأن ظهور التفريع الأول بواسطته.

(فَلَوْ أَذِنَ لَهُ) المولى (يَوْماً)، أو[٤] شهراً أو وقتاً محدوداً؛ لا يصح ذلك التوقيت، بل يتأبد هذا تفريع على قوله: (ولا يتوقت)، وعند زفر: يتوقت[٥]، (فَهُوَ)؛ أي: العبد (مَأْذُونٌ دَائِماً)؛ يعني: إن تصرفه بعد ذلك الوقت أيضاً يكون كما هو قبله لا يزال كذلك (إِلَى أَنْ يُحْجَرَ عَلَيْهِ) ثانياً، فيعود محجوراً كما كان قبل الإذن.

(وَلَا يَتَخَصَّصُ)؛ أي: لا يتخصص تصرفه بما أذن له فيه من التجارة كما بينه بالتفريع عليه حيث قال: (فَإِذَا أُذِنَ) له (فِي نَوْعٍ مِنَ التِّجَارَةِ؛ كَانَ مَأْذُوناً فِي سَائِرِ الْأَنْوَاعِ)، وقال زفر[٦] والشافعي[٧]: يختص [تصرفه بما أذن له فيه، كما يختص][٨] بالوقت الذي عينه له؛ لأن الإذن توكيل من

---

(١) في (أ) و(ب): (ينفك).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (فإذا).
(٤) في (ج): (و).
(٥) ينظر: العناية: ٢٨٤/٩، ودرر الحكام: ٢٨١/٢.
(٦) ينظر: الهداية: ٣٢٥/٢.
(٧) ينظر: روضة الطالبين: ٥٧١/٣، ومنهاج الطالبين: ١٠٩/١، والتذكرة: ٦٦/١، والتنبيه في الفقه الشافعي: ١٢٠/١.
(٨) سقط من: (ج).

المولى، واستنابة له ليستفيد[١] الولاية بذلك، ولذلك يملك الحَجْر عليه بعده، فالحكم يثبت للمولى دون العبد، فيتخصص بما خصه به كالمضارب، ولنا: إن الإذن إنما هو إسقاط الحق، وفك الحَجْر، فتظهر مالكية العبد به، والإسقاط لا يتوقت بزمان ولا يتخصص بنوع من الأعيان، وإذا ظهرت مالكية العبد كما قررناه يصير متصرفاً بما هو مقتضى أصل الخِلْقة؛ أعني: النطق والعقل [اللذين][٢] هما ملاك التكليف، بخلاف الوكالة والمضاربة، فإنها ليست بإسقاط بل هي إنابة، فتحتمل التخصيص والتوقيت، ومأوى ما وراءهما على حكم العدم.

قوله: (**وَيَثْبُتُ**)؛ أي: الإذن (**صَرِيحاً**[٣]، **وَدَلَالَةً**) شروع منه في بيان أنواع الإذن وتفريعاته، فهو كما يثبت بالصريح نحو أن يقول لعبده: أذنت لك في التجارة، أو أذنت لك في البيع والشراء، نحو أن يقول له: اتجر في البزّ أو في الصرف، أو: اشتغل بالخياطة أو الصباغة، كذلك يثبت بالدلالة، وفسره[٤] المصنِّف بقوله: (**بِأَنْ رَأَى عَبْدَهُ**)؛ أي: علمه المولى (**يَبِيعُ وَيَشْتَرِي**) ما أراد، (**فَسَكَتَ**) المولى ولم ينهر، (**سَوَاءٌ كَانَ**) ذلك (**الْبَيْعُ**) أو الشراء (**لِلْمَوْلَى، أو لِغَيْرِهِ بِأَمْرِهِ، أو بِغَيْرِ أَمْرِهِ**)، كما إذا أمره بشراء شيء لولده أو امرأته، أو كان الأمر غيره منهم، أو من غيرهم (**صَحِيحاً**) كان ذلك البيع والشراء، (**أو فَاسِداً**)، فبكل[٥] ذلك يثبت الإذن إذا رآه المولى، وسكت عنه.

قوله: (**وَلِلْمَأْذُونِ إِذْناً عَامّاً**) خبر مقدم، والمبتدأ قوله: (أن يبيع إلى آخره)؛ يعني: أن الإذن العام هو ما يكون شاملاً لجميع التصرفات[٦]، أو

---

(١) في (ب) و(ج): (يستفيد).
(٢) في (ج): (اللذان).
(٣) في (ج): (صريحاً؛ أي: الإذن).
(٤) الواو من قوله: (وفسره) سقط من: (أ) و(ب).
(٥) في (أ): (فكل).
(٦) ينظر: كنز الدقائق: ص٥٧٤، فتح القدير: ٩/٢٨٥.

واقعاً[(١)] على تصرف بعد تجارة، (لَا بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ)، كما لو قال له: اشتر فرس فلان (أو طَعَام [الْأَكْلِ][(٢)] أو ثِيَابَ الْكِسْوَةِ)، نحو أن يأمره بشراء طعام العيال أو كسوتهم، قيد بذلك احترازاً عن الطعام الذي يتَّجر به والثياب التي يبيعها، [والقياس: أن يكون الكل إذناً عامّاً؛ لما مر أن الاستحسان يأبى ذلك؛ لأن هذه[(٣)] المذكورات من باب الاستخدام، ولو جعل ذلك إذناً لَانْسَدَّ باب استخدام المولى عبده خوفاً من لزوم الإذن له في سائر التجارات، فقلنا: إذا أمره بتصرف يحصل منه الربح والنماء؛ صار مأذوناً مطلقاً؛ لأن ذلك لا يحصل بعقد واحد، بل يحتاج إلى عقود متكررة، [ومبايعات متكثرة][(٤)]، بخلاف الاستخدام، فإنه أمر بعقد واحد عرفاً، فلا يصير به مأذوناً.

وإذا أمره بما يتناول[(٥)] الجنس كان][(٦)] له (أَنْ يَبِيعَ) نقداً ونسيئةً، (وَيَشْتَرِيَ) كذلك ما بدا له من أنواع الأعيان؛ لأنه أصل التجارة، (وَيُوَكِّلُ) المأذون (بِهِمَا)؛ أي: بالبيع والشراء؛ لأن التوكيل من توابع التجارة (وَيُسْلِمَ وَيَقْبَلَ السَّلَمَ)؛ لأن كلا منهما تجارة أيضاً، (وَيُرْهِنَ) شيئاً لا لِنفسه (وَيَرْتَهِنَ)؛ لأنهما من توابع التجارة، فإن الرهن إيفاء[(٧)] من وجه، والارتهان استيفاء من وجه[(٨)].

(وَيُزَارِعَ وَيَشْتَرِيَ بَذْراً يَزْرَعُهُ)؛ لأن في الأول: تحصيل الربح، وفي الثاني: قصده، قال ﷺ: «الزراع يتاجر به»[(٩)]، (وَيُشَارِكَ عِنَاناً)؛ أي: له

---

(١) في (أ) و(ب): (دافعاً).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) في (ج): (هذا).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (يتناوله).
(٦) من قوله: (والقياس أن) إلى قوله: (الجنس كان) سقط من: (ج).
(٧) في (ج): (إبقاء).
(٨) ينظر: مجمع البحرين: ص٣٤٤، والحاوي القدسي: ٢٠٦/٢، والاختيار: ٢٥٢/٢.
(٩) وقال الزيلعي: غريب جداً، وقال ابن حجر: لم أجده؛ لكن في البخاري عنه ﷺ: =

أن يشاركه شركة عنان؛ لأنها من عادة التجار، وإنما قيد بقوله: (عناناً) احترازاً عن المفاوضة؛ لتضمنها [أ/٣٧٠] الكفالة، والمأذون لا يملكها، (وَيَسْتَأْجِرَ) ما يحتاج إليه كالدابة والبيت والأجير، (وَيُؤَجِّرَ) ما يملكه من ذلك، (وَلَوْ) ـ وصلية ـ (نَفْسَهُ)؛ أي: له أن يؤجر، ولو كان ذلك المؤجر نَفْسه خلافاً للشافعي[(١)]، فإن عنده ليس له ذلك[(٢)]؛ لأن هذا التصرف في نفسه، والإذن لا يشمله؛ لأن المولى إنما أذن له بالتصرف في غيره لا في نفسه، ولهذا لا يملك بيع نفسه، ولنا: إن ذلك من صنيع التجار، فينتظمه[(٣)] الإذن، وذلك في الحقيقة ليس تصرفاً في نَفْسه، بل في منافعه، وأما بيع نفسه؛ فإنه يشتمل على إبطال الإذن، فيعود على موضوعه بالنقض.

(وَ)له أن (يُضَارِبَ، وَيَدْفَعَ الْمَالَ مُضَارَبَةً)، في الكافي[(٤)]: إن دفع؛ فقد استأجر، وإن أخذ فقد أجر نفسه، والاستئجار والإجارة من باب التجارة[(٥)]، (وَيُبْضِعَ)؛ أي: يدفع لغيره بعض المتاع بضاعة، (وَيُعِيرَ) شيئاً مما في يده، ويؤجل غريمه ويصالحه، فإن ذلك من عادة التجار، (وَيُقِرَّ بِدَيْنٍ)؛ لأنه من توابع التجارة؛ إذ لو لم يصح لم يعامله أحد، (وَوَدِيعَةٍ وَغَصْبٍ)؛ لأن الإقرار بهما من توابع التجارة أيضاً، أما الأول فظاهر، وأما الثاني؛ فلأن ضمان الغصب ضمان معاوضة؛ لأنه يملك المغصوب بالضمان.

= «مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَغْرِسُ غَرْساً، أَوْ يَزْرَعُ زَرْعاً، فَيَأْكُلُ مِنْهُ طَيْرٌ أَوْ إِنْسَانٌ أَوْ بَهِيمَةٌ، إِلَّا كَانَ لَهُ بِهِ صَدَقَةٌ». ينظر: صحيح البخاري: ٢٣٤٣/٥، كتاب: الأدب، باب: رحمة الناس والبهائم، رقم الحديث (٦٠١٢)، ونصب الراية: ٣٩٩/٤، ومجمع الزوائد: ٢٠٠/٢.

(١) ينظر: المهذب، للشيرازي: ٢٤٤/٢، وعمدة السالك وعدة الناسك: ١٨٦/١.
(٢) في (ج): (من ذلك).
(٣) في (ج): (فينتظم).
(٤) ينظر: خزانة الفقه: ص٢٦٨.
(٥) ينظر: الحاوي القدسي: ٢٠٧/٢، والاختيار: ٢٥٢/٢، واللباب: ٥٥٢/٣.

(وَلَوْ بَاعَ أو اشْتَرَى بِغَبْنٍ) يسير(١)؛ جاز اتفاقاً(٢)؛ لتعذر الاحتراز عنه في أكثر المبايعات، ولو كان ذلك (بِغَبْنٍ فَاحِشٍ(٣)؛ جَازَ) عند أبي حنيفة، (خِلَافاً لَهُمَا)(٤)؛ لأن الغبن الفاحش منه بمنزلة التبرع عندهما، فلا يدخل تحت الإذن، وله: إنه تجارة، والعبد إنما يتصرف بأهلية نَفْسه، فصار كالحر.

(وَلَوْ حَابَى) العبد المأذون(٥) (فِي مَرَضِ مَوْتِهِ)، والمحاباة: هي ضد الغبن الفاحش؛ أي: باع ما يساوي(٦) عشرة بخمسة مثلاً(٧)، يُعتبر ذلك حتى [(صَحَّ](٨) مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ) الذي بيده، (إنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ)؛ يعني: إذا لم يكن مديوناً والمسألة بحالها يُعتبر المحاباة من جميع المال، (وَإِنْ كَانَ عليه دَين، فَمِنْ جَمِيعِ مَا بَقِيَ)؛ يعني: لو حابى في مرض موته، وهو مديون يصرف ما بيده من المال أولاً إلى دَينه، ثم إن فضل شيء بعد الدَّين يصرف إلى المحاباة من جميع ما بقي؛ لأن الاقتصار في الحر على الثلث بحق الورثة، ولا وارث للعبد، وإن كان [الدَّين](٩) محيطاً بما في يده تصرف إلى الدَّين [(وَإِنْ](١٠) لَمْ يَبْقَ) شيء (أَدَّى الْمُشْتَرِي جَمِيعَ الْمُحَابَاةِ، أو رَدَّ الْمَبِيعَ)؛ يعني: يقال له: أدِّ جميع المحاباة، كما فيما

---

(١) الغبن اليسير: هو ما يتغابن الناس في مثله عادةً؛ أي: ما يجري بينهم من الزيادة والنقصان ولا يتحرّزون عنه، وعلى ذلك عرّفوه بأنه: ما لا يخرج عن تقويم المقومين. ينظر: طلبة الطلبة: ص١٦١، وكتاب التعريفات: ص١١٥.

(٢) ينظر: العناية: ٢٥٨/٩، والبناية: ١٣٤/١١.

(٣) الغبن الفاحش: هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وقيل: ما لا يتغابن الناس به. ينظر: دستور العلماء: ٣/٣، والتوقيف على مهمات التعريف: ٢٥٠/١.

(٤) ينظر: الهداية: ٣٢٥/٢، والجوهرة النيرة: ٣٦٥/١، ونتائج الأفكار: ٢٩١/٩.

(٥) في (ج): (للمأذون).

(٦) في (ج): (محابا وهي).

(٧) أي: العبد المأذون، وهو من المحاباة، ومن الحباء، وهو العطاء، وصورته: أن يوصي بأن يباع عبده من فلان وقيمته ألف مثلاً بخمسمئة. ينظر: البناية: ١٣٥/١١.

(٨) سقط من: (ج).

(٩) سقط من: (ج).

(١٠) سقط من: (ج).

فرضنا، يقال للمشتري بخمسة: إما أن تؤدي العشرة تماماً أو ترد المبيع، فأيهما فعل؛ جاز.

(وَلَهُ)؛ أي: للعبد المأذون، (أَنْ يُضَيِّفَ مُعَامِلَهُ)، وهو الذي يشتري منه أو يبيعه بالذات أو بالواسطة، وكذلك من يطعمه، فإن ذلك من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المعاملين، (وَيَحُطَّ مِنَ الثَّمَنِ بِعَيْبٍ)؛ أي: بسبب عيب وجد في مبيعه قدراً عهد حطه بين التجار؛ لأنه من صنيعهم، وقد يكون الحط أنظر له[١] من قَبُول المعيب[٢]، بخلاف الحط من غير عيب وحط الزيادة على ما عهد؛ لأنه تبرع محض بعد تمام العقد، وليس من صنيع التجار، ولا كذلك المحاباة؛ لأنه قد يحتاج إليها، (وَيَأْذَنَ لِرَقِيقِهِ فِي التِّجَارَةِ)؛ يعني: لو أنه اشترى عبداً يحسن البيع والشراء ويعرف طريق التجارة والكسب؛ فله أن يأذن لذلك العبد في التجارة؛ لأن ذلك أيضاً نوع من التجارة.

قوله: (لَا أَنْ يَتَزَوَّجَ أو يُزَوِّجَ عَبْدَهُ) إلى آخره معطوف على قوله سابقاً: (أن يبيع ويشتري) أو على قوله: (أن يضيف إلى آخره)، والأول أقرب على بعده، والثاني أبعد على قربه كما لا يخفى؛ يعني: ليس للمأذون أن يزوج العبد الذي في يده للتجارة اتفاقاً[٣]؛ لأن ذلك ليس منها، ولا من صنيع أهلها؛ لأن العبد يصير معيوباً وناقصاً ومديوناً بسبب يشغل[٤] رقيقه بذلك من حيث لزوم النفقة وغيرها، (وَكَذَا) ليس له أن يزوج (أَمَتَهُ) عند أبي حنيفة ومحمد[٥]، خِلَافاً لِأَبِي يُوسُفَ[٦]، هو يقول: [له][٧] تزويج الأمة؛ لأنه تحصيل المال بمنافعها، فأشبه إجارتها، ولهما:

---

(١) في (ج): (إليه).

(٢) في (ج): (العيب).

(٣) ينظر: خزانة الفقه: ص٢٦٩، وفتح القدير: ٢٩٠/٩.

(٤) في (ج): (شغل).

(٥) ينظر: النتف: ٧٤٤/٢، تحفة الفقهاء: ٢٩٠/٣، والحاوي القدسي: ٢٠٧/٢.

(٦) ينظر: الاختيار: ٢٥٣/٢، وخلاصة الدلائل: ٥٩١/١.

(٧) سقط من: (ج).

إن الإذن إنما يتضمن ما يكون تجارة أو موصلاً إليها، وهذا ليس من ذلك، وهو بعينه علة عدم جواز تزويج العبد، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون له، والمضارب، وشريك العنان، والأب، والوصي.

(وَلَا) له (أَنْ يُكَاتِبَ) ما بيده من الرقيق؛ لأن ذلك إسقاط للمِلْك عن رقبته، وإثبات للدَّين في ذمة مفلس، إلا أن يجيزه المولى ولم يكن عليه دَين أصلاً، فلو أجازه المولى وعليه دَين، فكتابته[1] باطلة؛ لأنه تعلق به حق الغرماء (أو يُعْتِقَ)؛ لأنه فوق الكتابة، وَلَوْ كان العتق (بِمَالٍ)، فلما لم يكن[2] يملك أن يكاتب، فأولى أن لا يملك الإعتاق مطلقاً إلا أن يجيزه المولى، ولم يكن عليه دَين، ولو كان مديوناً يضمن المولى قيمته لغرماء المديون على قولهما[3]، (أو يُقْرِضَ) معطوف[4] على أن يكاتب؛ أي: ليس للمأذون أن يقرض؛ لأنه [تبرع ابتداء، فلا يملكه (أو يَهَبَ) لأحد شيئاً مما في يده (وَلَوْ) كانت الهبة (بِعِوَضٍ)[5]؛ لأن الهبة][6] تبرع محض سواء كانت بشرط العوض، أو لا (أو يُهْدِيَ) لأحد شيئاً قوله: (إِلَّا الْيَسِيرِ مِنَ الطَّعَامِ) استثناء من الهدية فقط؛ يعني: ليس للمأذون أن يهدي إلا أن يكون ما أهداه شيئاً يسيراً كالرغيف ونحوه؛ لأنه من ضرورات التجارة، [وفي][7] التصريح[8] بالطعام إشارة إلى أنه لا يجوز أن يهدي من غير المأكول أصلاً.

(وَالْمَحْجُورُ لَا يُهْدِي الْيَسِيرَ أَيْضاً)؛ أي: لا يجوز للعبد المحجور أن يهدي لأحد شيئاً ولو كان يسيراً؛ لأنه لا إذن له أصلاً، فكيف يثبت ما

---

(١) في (ج): (فالكتابة).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) أي: أبو يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني.
(٤) في (ج): (معطوفاً).
(٥) العوض: هو البدل الذي ينتفع به، وإذا لم يجعل على الوجه الذي ينتفع به لم يسمِ عوضاً. ينظر: الفروق اللغوية: ٣٢٧/١.
(٦) من قوله: (تبرع ابتدأ) إلى قوله: (لأن الهبة) سقط من: (ج).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (ج): (بالتصريح).

هو من ضروراته، (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ) في رواية: أنه (إِذَا دَفَعَ الْمَوْلَى إِلَى) عبد (الْمَحْجُورِ قُوتَ يَوْمِهِ فَدَعَا) العبد (بَعْضَ رُفَقَائِهِ لِلْأَكْلِ مَعَهُ) من ذلك، (فَلَا بَأْسَ بِهِ بِخِلَافِ مَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ قُوتَ شَهْرٍ) فليس له أن يدعو أحداً للأكل معه من ذلك؛ لأنهم لو أكلوه قبل مضي الشهر؛ يتضرر به المولى بخلاف قوت اليوم[١]، وهذا ظاهر.

(قَالُوا: وَلَا بَأْسَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَتَصَدَّقَ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا بِالْيَسِيرِ كَالرَّغِيفِ وَنَحْوِهِ)؛ لأن ذلك غير ممنوع عادة، وهذه المسألة ليست من هذا الباب لكنها ذكرت للمناسبة[٢].

(وَمَا لَزِمَ الْمَأْذُونُ مِنَ الدَّيْنِ بِسَبَبِ تِجَارَةٍ) هي [اسم][٣] لمبادلة المال بالمال، (أو مَا فِي مَعْنَاهَا)؛ أي: في حكمها (كَبَيْعٍ وَشِرَاءٍ)، هذا نظير للتجارة، (وَإِجَارَةٍ) هذا إلى آخر [أ/٣٧١] ما ذكر نظير ما هو في معنى التجارة، صورة الدَّين بسبب الإجارة: أن يؤجر شيئاً، ويقبض الأجرة، ولم يسلم المستأجر حتى انقضت مدة الإجارة، فوجب عليه رد الأجرة، (وَاسْتِئْجَارٍ، وَ)غرم (غَصْبٍ، وَجَحْدِ أَمَانَةٍ)؛ لأنه يصير[٤] مضموناً [عليه][٥]، وبالضمان[٦] يملك، فصار من قبيل ضمان التجارة، (وَعُقْرِ أَمَةٍ شَرَاهَا) المأذون، (فَوَطِئَهَا، فَاسْتُحِقَّتْ) بصيغة المجهول؛ أي: ظهر لها مستحق، ورجع البائع على المأذون بثمنها كل ذلك من قوله: (وما لزم) إلى ههنا[٧] في حكم المبتدأ، وما عطف عليه مرفوع أيضاً [بالعطف][٨][٩]، والخبر جملة.

---

(١) ينظر: العناية: ٢٩١/٩، البناية: ١٤٤/١١.
(٢) ينظر: الهداية: ٣٢٧/٢، واللباب: ٥٥٤/٣.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ): (يعير).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) الواو من قوله: (وبالضمان) سقط من: (أ).
(٧) في (ج): (هنا).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) في (ج): (بالخبر والعطف).

قوله: (يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ)؛ أي: يلزم المأذون، ويصير دَيناً عليه، (فَيُبَاعُ) في ذلك كله (إِنْ لَمْ يَفْدِهِ الْمَوْلَى)، بأن يوفي ذلك عنه لمستحقيه، فإن لم يفعل المولى يباع المأذون، وفي قوله: (إن لم يفده المولى) إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضراً؛ لأن اختيار الفداء من الغائب غير متصور؛ لأن الخصم في رقبة العبد هو المولى، فلا يجوز البيع إلا بحضرته أو بحضرة نائبه، بخلاف بيع الكسب، فإنه لا يحتاج إلى حضور المولى؛ لأن العبد خصم فيه.

(وَيَقْسِمُ ثَمَنَهُ، وَمَا فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ) بين الغرماء (بِالْحِصَصِ)، فيضرب كل من أرباب الديون في ذلك بمقدار حقه، (سَوَاءٌ) كان (كَسْبُهُ قَبْلَ) لزوم (الدَّيْنِ أو بَعْدَهُ، أو) كان (اتَّهَبَهُ)؛ أي: وهب له، فقبل الهبة أو ملكه بأي وجه كان، [وقال زفر والشافعي: لا يباع هو، وإنما يباع كسبه في دَينه[1]؛ لأن الفرض من الإذن إنما هو تحصيل مال فائت لا تفويت مال حاصل، وذلك مقتضى تعلق الدَّين بكسبه دون رقبته، فيوفي دَيْنه مما في يده دون أن يباع فيه، ويبقى ما فضل عن الدَّين للمولى، بخلاف دَين الاستهلاك؛ لأنه جناية، واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن.

ولنا][2]: إن[3] الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى، فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك، والجامع بينهما دفع الضرر عن الناس بسببه[4]، [وهذا لأن سببه][5][6] التجارة، وهي داخلة تحت الإذن،

---

(١) ينظر: العناية: ٢٩٢/٩، والبناية: ١٤٧/١١، والمهذب، للشيرازي: ٢٣٦/٢، والتذكرة: ص٦٦.

(٢) من قوله: (وقال زفر) إلى قوله: (ولنا) سقط من: (ج).

(٣) في (ج): (لأن).

(٤) في (أ) و(ب): (لسببه).

(٥) في (ج): (سبب).

(٦) سقط من: (أ).

(وَمَا بَقِيَ عَلَيْهِ) من الديون بعدم وفاء المال والرقبة (يُطَالَبُ) المأذون (بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ)؛ لتقرر الدَّين في ذمته، وعدم وفاء الرقبة، ولا يباع ثانياً؛ لأن المشتري يمتنع عن شرائه، فيؤدي إلى امتناع البيع بالكلية، فيتضرر[(١)] الغرماء، (وَمَا أَخَذَهُ سَيِّدُهُ مِنْهُ قَبْلَ) لزوم (الدَّيْنِ) به (لَا يُسْتَرَدُّ) لوجود شرط الخلوص له، وهو خُلُوُّهُ[(٢)] عن الدَّين.

(وَلَهُ أَخْذُ[(٣)] غَلَّةِ)؛ أي: للمولى أن يأخذ من كسب[(٤)] المأذون مقدار غلة مثله، (مَعَ وُجُودِ الدَّيْنِ) على المأذون، والمراد من غلة المثل: مقدار ما يكسبه عبد آخر مثله، حتى لو كان غيره يكسب كل يوم عشرة دراهم، فكسبه[(٥)] هذا عشرين مثلاً كان للمولى أن يأخذ منها عشرة، والعشرة الأخرى تصرف إلى ديونه استحساناً، والقياس: أن لا يأخذ مع وجود الدَّين؛ لأن الدَّين مقدم على حق المولى في الكسب، وجه الاستحسان: أن في ذلك نفع الغرماء؛ لأن حقهم يتعلق بمكاسبه[(٦)]، ولا تحصل المكاسب إلا ببقاء الإذن في التجارة، ولو منع من أخذ[(٧)] الغلة يحجر عليه، فينسد باب الاكتساب[(٨)]، (وَالزَّائِدُ عَلَيْهَا)؛ أي: على غلة المثل (لِلْغُرَمَاءِ)، فيأخذونه بالحصص.

(وَيَنْحَجِرُ الْمَأْذُونُ) بأمور بعضها صريح وبعضها دلالة، ومنها ما يختص بالذكور، ومنها ما يختص بالإناث، وقد شرع المصنِّف في بيانها حيث قال: (إِنْ أَبَقَ)، [وقال زفر والشافعي ومالك وأحمد[(٩)]:

---

(١) في (ج): (فيضرر).
(٢) في (ج): (خلدة).
(٣) في (ج): (إن).
(٤) في (أ) و(ب): (كسبه).
(٥) في (ب) و(ج): (فكسب).
(٦) في (ج): (بمكاسبهم).
(٧) في (ج): (أخذه).
(٨) ينظر: درر الحكام: ٢٧٨/٢، ونتائج الأفكار: ٣٠١/٩.
(٩) ينظر: خليج البحار: ص١٥١.

لا ينحجر[١][٢]؛ لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن؛ فلأن لا يمنع بقاؤه وهو دونه أولى.

ولنا][٣]: إن العادة جرت بأن المولى لا يرضى بتصرف عبده الخارج عن طاعته، فكان حجراً عليه دلالة، قال قاضي خان[٤]: المأذون المدبر لا ينحجر[٥] بالإباق[٦].

(أو مَاتَ سَيِّدُهُ)؛ أي: وينحجر العبد إن مات مولاه (أو جُنَّ) السيد جنوناً (مُطْبَقاً)؛ أي: مستمراً، وفي الذخيرة: أن مأذون السَّنَة غير مطبق[٧]، (أو لَحِقَ) السيد (بِدَارِ الْحَرْبِ) حال كونه (مُرْتَدّاً)؛ لأن اللحوق[٨] موت حكماً.

(أو حُجِرَ) سيده (عَلَيْهِ، وَعَلِمَ بِهِ)؛ أي: بالحَجْر (أَكْثَرُ أَهْلُ سُوقِهِ) إن كان يتجر[٩] في السوق، أو من يجري بينه وبين المأذون المعاقدات، وعند الشافعي: ينحجر بغير علمه، وعلم أهل سوقه[١٠]، فالمسألة مقيدة بشرطين عندنا: أحدهما ما ذكره بقوله: (وعلم به أكثر أهل سوقه)، والثاني: أن يعلم العبد المأذون انحجاره، ولعله تركه سهواً، أما الشرط

---

(١) في (أ) و(ج): (يتحجر).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق: ٢١١/٥، والعناية: ٢٩٧/٩، والجوهرة النيرة: ٣٦٩/١، وروضة الطالبين: ١٠٧/١٢، وجواهر العقود: ١٣٣/١، والمدونة: ٩١/٤، والمقدمات الممهدات: ٣٤٢/٢، والمغني لابن قدامة المقدسي: ١٩٤/٧، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي: ٦٦٨/٣.

(٣) من قوله: (وقال زفر) إلى قوله: (ولنا) سقط من: (ج).

(٤) ينظر: فتاوى قاضيخان: ٥٨٢/٣.

(٥) في (أ) و(ج): (يتحجر).

(٦) قوله: (قال قاضي خان: المأذون المدبر لا ينحجر بالإباق) سقط من: (ج).

(٧) ينظر: المحيط البرهاني: ٢٢٦/٦.

(٨) في (أ): (اللحق).

(٩) في (ج): (ينحجر).

(١٠) ينظر: الحاوي الكبير: ٣٤٣/٦، وجواهر العقود: ١٣١/١.

الذي ذكره، فلدفع الضرر من الناس؛ لتأخر حقهم إلى [ما][(١)] بعد العتق، وهذا إذا كان الإذن شائعاً، وأما الشرط الذي لم يذكره؛ فلدفع الضرر عن[(٢)] المأذون، فإنه يلزمه قضاء الدَّين[(٣)] من خالص ماله بعد العتق وما رضي به.

(وَ)تنحجر (الْأَمَةُ) المأذون[(٤)] لها (إِنْ اسْتَوْلَدَهَا) المولى، وقال زفر: لا تنحجر بالاستيلاد، وهو القياس[(٥)]؛ لأن الاستيلاد لا يمنع الإذن ابتداء، فإن المولى إذا أذن لأم ولده جاز، فكذا بقاؤه[(٦)]، وجه الاستحسان: أن في استيلاد المولى لها دلالة على حجره عليها؛ لأن العادة جارية بتحصين أمهات الأولاد، وعدم رضا مواليهن باختلاطهن بالرجال في المعاملة والتجارة، ودلالة الحَجْر كصريحه، وإنما صح [الإذن][(٧)] [لأم الولد][(٨)]؛ لأن الدلالة [لا][(٩)] اعتبار لها، مع التصريح بخلافها لا؛ أي: لا تنحجر الأمة، (إِنْ دَبَّرَهَا)؛ إذ العادة[(١٠)] [لم تجر][(١١)] بتحصين المدبرة، فلم توجد دلالة الحجر، فتبقى على ما كانت بالاتفاق[(١٢)].

(وَيَضْمَنُ) المولى (الْقِيمَةَ لِلْغَرِيمِ فِيهِمَا)؛ أي: في صورة الاستيلاد

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) في (ج): (من).
(٣) في (ج): (دينه).
(٤) في (ج): (المأذونة).
(٥) ينظر: تحفة الفقهاء: ٢/٧٤٢، والاختيار: ٢/٢٥٥.
(٦) في (ج): (إبقاؤه).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) سقط من: (أ) و(ب).
(١٠) في (ب): (لا عادة).
(١١) سقط من: (ب) و(ج).
(١٢) ينظر: الاختيار: ٢/٢٥٦، والعناية: ٩/٢٩٧.

والتدبير إن كان عليهما دَين محيط، يغرم المولى قيمتهما؛ لأنه أتلف محلاً تعلق به حق الغرماء؛ إذ به يمتنع البيع، وقد كانت حقوقهم تُقضى منه، والمتلف غارم لا محالة، ولا يغرم ما زاد على القيمة؛ لأنه لم(١) يحبس إلا [على](٢) الرقبة، فعليه قيمتها.

قوله: (وَإِقْرَارُهُ)؛ أي: المأذون، (بَعْدَ الْحَجْرِ بِدَيْنٍ، أو بِأَنَّ مَا فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ)؛ يعني: أقر بما في يده أمانة لغيره، (أو غَصْبٌ صَحِيحٌ) بيان لحال المأذون بعد الحَجْر عليه، وما يلزم من إقراره وفاقاً وخلافاً.

ثم إن صحة إقراره بما ذكر إنما(٣) هو قول الإمام أبي حنيفة، (خِلَافاً لَهُمَا)(٤)؛ لأن المصحح لإقرار العبد بما في يده إن كان هو الإذن فقد زال بالحَجْر، وإن كان هو [اليد](٥)؛ فقد أبطلها الحَجْر؛ لأن يد المحجور عليه غير معتبر، وصار كما إذا أخذ(٦) المولى كسبه من يده في حق رقبته بعد الحَجْر، فإن إقراره لا يصح في حق نفسه؛ لأنه مِلْك المولى، والإقرار من العبد لا يصح في حق مولاه، والإقرار في حق مِلْك الغير لغو محض، وله: إن المصحح هو اليد، ولهذا لا يصح إقراره فيما أخذه مولاه منه قبل الإقرار، واليد باقية قائمة، والحَجْر إنما يبطل اليد إذا كان فارغاً عن حاجته، وإقراره دليل يحقق الحاجة بخلاف المأخوذ منه قبل الإقرار؛ لثبوت يد المولى عليه حقيقة [أ/٣٧٢]، وحكماً، فلا تبطل يد المولى بإقراره.

(وَإِنْ اسْتَغْرَقَ دَيْنُهُ رَقَبَتَهُ مَا فِي يَدِهِ)؛ يعني: لو لزم العبد المأذون ديون تحيط بما في يده من كسبه وبقيمة رقبته، (لَا يَمْلِكُ سَيِّدُهُ مَا فِي يَدِهِ)

---

(١) في (ج): (لا).
(٢) سقط من: (أ) و(ب).
(٣) في (ب): (إن).
(٤) ينظر: الهداية: ٣٣٠/٢، وخلاصة الدلائل: ٥٩٣/١.
(٥) (اليد) سقط من: (أ).
(٦) في (ج): (أخذه).

من كسبه، (فَلَوْ أَعْتَقَ) المولى (عَبْداً مِمَّا فِي يَدِهِ)؛ يعني: لو أن المولى في تلك الحال أعتق[1] عبداً مما [في][2] كسب مأذونه، (لَا يَصِحُّ) عتقه عند أبي حنيفة[3]، (وَعِنْدَهُمَا: يَمْلِكُ) المولى ما في يد مأذونه، (فَيَصِحُّ عِتْقُهُ) للعبد الذي في كسبه[4]، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد، ولكن يغرم قيمته[5]؛ لأن المأذون لما كسبه كان في مِلْك المولى، وكل شيء كسبه العبد حال كونه مملوكاً يكون مِلْكاً لمولاه بحكم القاعدة، ولأبي حنيفة: إن المِلْك للمولى في أكساب العبد إنما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته، كمِلْك الوارث مال المورث، وإذا كان الدَّين مستغرقاً لها لا يثبت مِلْكه لها، والعتق فرع المِلْك (وَإِنْ لَمْ يَسْتَغْرِقْ) الدَّين أكساب العبد ورقبته؛ (صَحَّ) عتق المولى العبد الذي هو من كسب المأذون (اتِّفَاقاً)، أما عندهما؛ فلما مرَّ، وأما عنده؛ فلأن قليل الدَّين مما لا بدَّ منه غالباً[6]، فلو جعلناه مانعاً لانسد باب الانتفاع بكسب العبد، فيختل المقصود من الإذن.

قوله: (وَيَصِحُّ بَيْعُهُ) عطف على حيز الفاء؛ أي: يجوز بيع العبد المأذون (مِنْ سَيِّدِهِ) متاعه (بِمِثْلِ الْقِيمَةِ)؛ إذ سيده حينئذ أجنبي عن ماله، وليس في البيع بمثل القيمة إبطال حق الغرماء، (لَا بِأَقَلَّ)؛ أي: لا يصح بيعه منه بنقصان منها ولو بغبن يسير؛ لما فيه من التهمة؛ ولأن حق الغرماء تعلق بالمالية، وفي البيع بأقل إبطال لحقهم، هذا عند أبي حنيفة، وأما عندهما: فيجوز، ويخير المولى بين إكمال القيمة ورد البيع، في الكافي:

---

(١) في (ج): (أو أعتق).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) ينظر: الهداية: ٣٣٠/٢، واللباب: ٥٥٨/٣.

(٤) ينظر: الحاوي القدسي: ٢٠٩/٢، وخلاصة الدلائل: ٥٩٣/١.

(٥) ينظر: منهاج الطالبين: ٣٨٥/١، وجواهر العقود: ٤٢٣/٢، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: ١٤٩/٤، والكافي في الفقه أهل المدينة: ٨٣١/٢، والهداية على مذهب الإمام أحمد: ٢٧٧، والمغني، لابن قدامة المقدسي: ٣٥١/٦.

(٦) ينظر: العناية: ٣٠٠/٩، ودرر الحكام: ٢٧٩/٢.

أن ما ذكرنا من مذهب أبي حنيفة هو قول بعض المشايخ[١]، والصحيح: أن قوله كقولهما][٢].

وَكذا (بَيْعُ سَيِّدِهِ) متاعه (مِنْهُ)؛ أي: من المأذون، (بِمِثْلِهَا)؛ أي: بمثل القيمة، (لَا بِأَكْثَرَ) منها؛ إذ فيه إبطال حقهم، (فَلَوْ بَاعَ) السيد من العبد متاعه (بِأَكْثَرَ) من قيمته بقليل أو كثير، (يَحُطُّ) السيد (الزَّائِدَ) عن القيمة؛ لتعلق حق الغرماء بذلك الزائد، (أو يَنْقُضُ الْبَيْعُ)، وحاصله: أن البيع جائز من الجانبين بمثل القيمة، هذا إذا كان المأذون مديوناً، وأما إذا لم يكن عليه دَين، فلا يجوز البيع بينهما، والأصل في هذا أن المولى لا يثبت له على عبده دَين بحال، وما في يده مِلْك المولى، وكذلك لا يثبت للعبد[٣] على مولاه دين؛ [لأن][٤] ما يستوفيه المولى من العبد مال نفسه[٥]، وما يستوفيه العبد من المولى لا يخرج عن مِلْكه.

(فَإِنْ سَلَّمَ سَيِّدُهُ إِلَيْهِ)؛ أي: إلى عبده المديون المأذون، (الْمَبِيعَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ؛ سَقَطَ الثَّمَنُ) عن ذمة العبد؛ لأن حق المولى في عين المبيع إنما يكون من حيث الحبس، وهو قد زال بالتسليم، فلو بقي لبقي في الدَّين ولا يستحق المولى على عبده ديناً، فسقط لا محالة، أما لو كان الثمن عرضاً يبقى حق المولى فيه؛ لأنه ينتقل من العين إلى العين، وإلى هذا أشار المصنِّف بقوله: (قبل نقد الثمن)؛ لأن النقد لا يطلق على العرض.

(وَلَهُ)؛ أي: للمولى (أَنْ لَا يُسَلِّمَهُ)؛ أي: المبيع، (حَتَّى يَأْخُذَ ثَمَنَهُ) عن المأذون في تلك الصورة؛ لما عُرف أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء

---

(١) ينظر: العناية: ٩/٣٠٢، والفتاوى الهندية: ٥/٨٢.
(٢) من قوله: (في الكافي) إلى قوله: (كقولهما) سقط من: (ج).
(٣) في (أ) و(ب): (العبد).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) في (ب): (ما يستوفيه المولى من العبد مال نفسه، وما يستوفيه المولى من العبد مال نفسه).

الثمن، (وَيَضْمَنُ السَّيِّدُ) للغرماء (بِإِعْتَاقِهِ) المصدر مضاف إلى الفاعل عبده (الْمَأْذُونَ) [حال كونه (مَدْيُوناً)][١]، سواء كان الدَّين محيطاً برقبته أو لم يكن (الْأَقَلَّ) بالنصب على أنه مفعول؛ لقوله: (يضمن) (مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ)؛ يعني: إذا كان الدَّين أقل [من][٢] القيمة يضمن الدَّين؛ إذ لا حق لهم إلا في الدَّين، وإن عكس يضمن القيمة؛ إذ تعلق حقهم بالرقبة[٣]، وهو أتلفها، ثم إذا كانت القيمة أقل وضمنها المولى، فالباقي من الدَّين كيف يكون حاله؟ فبين المصنِّف ذلك بقوله: (وَمَا زَادَ مِنْ دَيْنِهِ عَلَى قِيمَتِهِ طُولِبَ بِهِ مُعْتَقاً)؛ يعني: يطالب الغرماء به العبد بعد صيرورته معتقاً؛ لأن الدَّين كان في ذمته، وما لزم المولى إلا بقَدْر ما أتلف[٤]، فبقي الباقي[٥] على ما كان في ذمته، فيطالب به، وقد صار معتقاً.

(وَإِنْ بَاعَهُ)؛ أي: لو باع المولى عبده المأذون، (وَهُوَ) مديون[٦] (مُسْتَغْرِقٌ وَغَيَّبَهُ) ـ [بالغين][٧] [المعجمة] ـ[٨]؛ أي: أُخفي العبد عن الغرماء، (مُشْتَرِيهِ، فَلِلْغُرَمَاءِ إجَازَةُ بَيْعِهِ، وَأَخْذُ ثَمَنِهِ) من المولى؛ لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق، كما في بيع المرهون[٩].

قوله: (أو تَضْمِينُ أَيٍّ) واحد (شَاؤوا مِنَ السَّيِّدِ أو الْمُشْتَرِي) معطوف على أخذ ثمنه؛ أي: [إذا][١٠] أجازوا[١١] البيع؛ فلهم أحد أمرين: إما

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (برقبته).
(٤) في (ج): (الاتلاف).
(٥) في (أ): (ما بقي).
(٦) في (أ) و(ب): (مأذون).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) سقط من: (ب).
(٩) ينظر: كنز الدقائق: ص٦٣٢، واللباب: ٣/٥٦٠.
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) في (أ): (جازوا).

أخذ الثمن، أو التضمين (قِيمَتَهُ)؛ أي: قيمة العبد للسيد أو للمشتري[(١)(٢)]؛ لأن حقهم كان متعلقاً برقبة العبد حتى كان لهم أن يبيعوه إذا لم يقضِ المولى حقهم، وأما تخييرهم[(٣)] في التضمين[(٤)]؛ فلأن المولى أتلف حقهم بالبيع والتسليم، والمشتري بالقبض والتعييب، فيتخيروا في تضمين أي المتلفين شاؤوا، (فَإِنْ ضَمَّنُوا السَّيِّدَ، ثُمَّ رُدَّ) العبد (عَلَيْهِ بِعَيْبٍ رَجَعَ) السيد (عَلَيْهِمْ)؛ أي: على الغرماء، (بِالْقِيمَةِ، وَعَادَ حَقُّهُمْ فِي الْعَبْدِ)؛ لأن سبب الضمان زال، وهو البيع والتسليم، فعاد[(٥)] كل حق إلى أصله، هذا إذا رده عليه قبل القبض مطلقاً أو بعده بقضاء؛ لأنه فسخ من كل وجه، [وكذا إذا رده بخيار الشرط والرؤية، وإن رده بالعيب بعد القبض بغير قضاء، فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة؛ لأن الرد بالتراضي أقاله، وهو بيع في حق غيرهما، وإن فضل شيء من دَينهم؛ رجعوا به على العبد بعد الحرية][(٦)].

(وَإِنْ بَاعَهُ)؛ أي: لو باع المولى عبده المأذون المديون، (وَأَعْلَمَ) المشتري (بِكَوْنِهِ مَدْيُوناً)، ثم جاء الغرماء بعدما قبض المشتري العبد، (فَلِلْغُرَمَاءِ رَدُّ) العبد (الْمبَيْعِ إِنْ لَمْ يَصِلْ ثَمَنُهُ إِلَيْهِمْ)، [إنما اعتبر هذا الشرط][(٧)]؛ لأنه إذا وصل إليهم الثمن لا يكون لهم حق الرد للبيع؛ لأن[(٨)] قبضهم الثمن دليل الرضا بالبيع، [إلا إذا كان فيه محاباة؛ إذ حينئذ لهم أن يقول: إنما قبضنا الثمن، لاعتقادي أنه تمام القيمة، ولذلك قال][(٩)]: (وَإِنْ) كان قد (وَصَلَ) ثمنه إليهم.

---

(١) في (ج): (المشتري).
(٢) ينظر: مختصر القدوري: ص٢١٤، والهداية: ٢/٢٣٢.
(٣) في (ج): (يخيرهم).
(٤) في (أ): (تضمين).
(٥) في (أ): (فغار).
(٦) من قوله: (وكذا إذا) إلى قوله: (بعد الحرية) سقط من: (ج).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (ج): (لا).
(٩) من قوله: (إلا إذا) إلى قوله: (ولذلك قال) سقط من: (ج).

(وَلَا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ، فَلَا)؛ أي: ليس لهم رده، أما أن لهم رده؛ فلأن حقهم تعلق به، وهو الاستيفاء معجلاً، وقد فات بالبيع، فلهم أن يردوه، وأما أنه ليس لهم ذلك إذا كان الثمن قد وصل إليهم بوجه ما؛ فلأنهم قد استوفوا حقهم في الدَّين، فسقط حق الاسترداد، (فَإِنْ غَابَ الْبَائِعُ)؛ أعني: المولى بعد ما باع وسلم، (فَالْمُشْتَرِي لَيْسَ خَصْماً لَهُمْ إِنْ أَنْكَرَ الدَّيْنَ)؛ أي: لو أنكر كون العبد مديوناً، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد[1]، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: هُوَ)؛ أي: المشتري، (خَصْمٌ) عند غيبة البائع، فتسمع دعواهم على المشتري، (وَيَقْضِي لَهُمْ بِالدَّيْنِ)، هو يقول: إن المشتري يدعي المِلْك لنفسه [أ/٣٧٣] في العبد، فيكون خصماً لكل من ينازعه، ويطلب منه حقاً[2]، ولهما: إن هذه الدعوى تؤدي إلى فسخ العقد، وهو إنما قام بالبائع والمشتري والبائع غائب، فيكون الفسخ قضاء على الغائب، وهو غير جائز عندنا.

(وَمَنْ قَالَ: أَنَا عَبْدُ فُلَانٍ، وَاشْتَرَى، وَبَاعَ)؛ يعني: لو قَدِم رَجل مِصْراً مثلاً، وقال: أنا عبد فلان، ثم شرع بأن يبيع ويشتري (فَحُكْمُهُ كَالْمَأْذُونِ) فيما تقدم بيانه من الأحكام استحساناً، بدلالة تصرفه حملاً لأمر المسلم على السداد، ودفعاً للضرر عن[3] العباد، [والقياس: أنه ليس[4] بمأذون؛ لعدم ظهور الدليل، والسكوت محتمل، ولو أخبر أنه مأذون؛ يصدق فيه استحساناً عدلاً كان أو لا على ما في النهاية وغيرها][5][6].

(إِلَّا أَنَّهُ) إذا ركبتْهُ الديون (لَا يُبَاعُ) هذا العبد (فِي الدَّيْنِ) أيّ دَين وجب عليه للغرماء، صيانة لحق المولى، وأما الغرماء؛ فقد تضرروا

---

(١) ينظر: الهداية: ٣٣٢/٢، والبناية: ١٦٩/١١.
(٢) ينظر: تبيين الحقائق: ٢١٧/٥، والبحر الرائق: ١٩١/٨.
(٣) في (ج): (من).
(٤) في (أ) و(ب): (بليس).
(٥) من قوله: (والقياس) إلى قوله: (وغيرها) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: العناية: ٣٠٩/٩، والبناية: ١٧١/١١.

لمساهلتهم لا بإقرار [من][(١)] المولى (مَا لَمْ يُقِرَّ سَيِّدُهُ بِإِذْنِهِ)، أو لم يقم الغرماء البينة عليه؛ لأن الإذن بالتجارة رضا ببيع[(٢)] رقبة المأذون بالدَّين، والقول للمولى في أنه محجور لتمسكه بالأصل[(٣)].

❊ ❊ ❊

[فِي بَيَانِ حُكْمِ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ]

فصل في بيان حكم إذن الصبي والمعتوه (تَصَرُّفُ الصَّبِيِّ إِنْ نَفَعَ) نفعاً محضاً، (كَالْإِسْلَامِ) من الصبي الكافر، (وَقَبُولِ الْهِبَةِ) ممن وهبه شيئاً، (وَالصَّدَقَةِ) ممن تصدق عليه، (صَحَّ) ذلك التصرف من الصبي وحكم بموجبه؛ لأن النفع مطلوب وإن كان (بِلَا إِذْنٍ) به من وليه اكتفاء بالأهلية القاصرة في النافع، (وَإِنْ ضَرَّ) له ضرراً[(٤)] محضاً (كَالطَّلَاقِ) لامرأته، (وَالْإِعْتَاقِ) لعبده والهبة والصدقة[(٥)]، (فَلَا) يصح ذلك التصرف (وَلَوْ) كان (بِإِذْنٍ) من الولي[(٦)]؛ لأن الضرر مدفوع.

(وَإِنْ احْتَمَلَهُمَا)؛ يعني: إن كان تصرف الصبي محتملاً للنفع على وجه وللضرر على وجه آخر، (كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ)، فإنهما باعتبار الربح نافعان وباعتبار الخسران ضاران، فإن صدر واحد منهما عن الصبي؛ (صَحَّ بِالْإِذْنِ) من الولي (لَا بِدُونِهِ)؛ أي: لا يصح من الصبي بدون الإذن من وليه[(٧)]؛ لأن الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث [إنه][(٨)] عاقل مميز،

---

(١) سقط من: (أ) و(ب).
(٢) في (أ): (بيع).
(٣) في (ج): (في الأصل).
(٤) في (ج): (ضراً).
(٥) في (ج): (والتصدق).
(٦) في (ج): (المولى).
(٧) ينظر: مختصر القدوري بهامشه الترجيح والتصحيح: ص٣٢٥، ونتائج الأفكار: ٣١٦/٩.
(٨) سقط من: (أ) و(ب).

ويشبه طفلاً لا عقل له من حيث إنه لم يتوجه عليه الخطاب، وفي عقله قصور، وللغير عليه ولاية، فألحق بالبالغ في النافع المحض، وبالطفل في الضار(١) المحض، وفي الدائر بينهما [بالطفل](٢) عند عدم الإذن والبالغ(٣) عند الإذن، لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الإذن، ولكن قبل الإذن يكون منعقداً موقوفاً على إجازة الولي؛ لأن فيه منفعة؛ لصيرورته مهتدياً إلى وجوه التجارات حتى لو بلغ، فأجازه؛ نفذ عندنا خلافاً لزفر؛ لأنه توقف على إجازة وليه(٤)، وقد صار ولياً بنفسه.

(فَإِذَا أَذِنَ لِلصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ أَبُوهُ) إن كان موجوداً (أو جَدُّهُ) الصحيح، وإن علا (عِنْدَ عَدَمِهِ)؛ أي: حال عدم(٥) الأب، (أو) أذن له (وَصِيُّ أَحَدِهِمَا) عند عدمهما، (أو الْقَاضِي) أو الوالي، بخلاف صاحب الشرطة، فإنه لا يملك تقليد القضاة، فإذا أذن له أحد من هؤلاء المذكورين، (فَحُكْمُهُ)؛ أي: حكم الصبي بعد إذن الولي (حُكْمُ الْعَبْدِ(٦) الْمَأْذُونِ)، لكن (بِشَرْطِ أَنْ) يكون عارفاً (يَعْقِلَ كَوْنَ الْبَيْعِ سَالِباً) ومزيداً (لِلْمِلْكِ) عن البائع، (وَ)يعقل كون (الشِّرَاءِ جَالِباً) مثبتاً (لَهُ)؛ أي: للمِلْك إلى المشتري، وذكر في الكافي شرطاً(٧) آخر وهو: أن يعرف الغبن اليسير من الفاحش(٨).

(فَلَوْ أَقَرَّ بِمَا فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ)؛ يعني: إن أقر الصبي المأذون في التجارة(٩) لأحد بدَين، أو غصب، أو استهلاك ماله، (أو إِرْثِهِ)، بأن أقر

---

(١) في (ج): (الخسار).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (وبالبالغ).
(٤) ينظر: درر الحكام: ٢/٢٨١.
(٥) سقط من: (أ).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (أ) و(ب): (شرط).
(٨) ينظر: الكافي: ل ١٣٦.
(٩) في (ج): (للتجارة).

أن ما ورثه من مورثه لإنسان؛ (صَحَّ) إقراره؛ لأنه من تمام التجارة؛ إذ[١] لو لم يصح إقراره لم يعامله الناس، وعند[٢] أبي حنيفة: إنه لا يصح إقراره فيما له من الإرث؛ لأن صحته في الكسب لما ذكر أنه من توابع التجارة[٣]، والإرث ليس منها.

(وَالْمَعْتُوهُ بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ) في أحكامه المذكورة، واشتقاقه من العته، وهو اختلال في العقل بحيث يختلط كلامه، فيشبه تارة بكلام العقلاء وأخرى بكلام المجانين[٤]، فإذا[٥] كان يعقل البيع والشراء؛ فإنه يصير مأذوناً بإذن الأب والجد والوصي دون غيرهم، (وَصَحَّ إِذْنُ الْوَصِيِّ، أو الْقَاضِي)، وكذا حجرهما (لِعَبْدِ الْيَتِيمِ) إذا كان في ذلك نفع لليتيم[٦]، فإذا صح إذنهما لعبده مع كونهما أجنبيين؛ فصحة إذن أبيه وجده بطريق الأولى، فلذا[٧] لم يذكرهما صريحاً.

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) في (أ): (أو).
(٢) في (ج): (وعن).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: ٢٢١/٥، والعناية: ٣١٤/٩.
(٤) ينظر: دستور العلماء: ٢٠٤/٣، والمطلع على ألفاظ المقنع: ٤٥٨/١.
(٥) في (ج): (وإذا).
(٦) في (ج): (اليتيم).
(٧) في (ج): (فإذا).

كِتَابُ[١] الْغَصْبِ

(هُوَ) لغة: أخذ الشيء مالاً[٢] كان، أو غير مال من الغير على سبيل التغلب ظلماً[٣].

وشرعاً: أخذ مال متقوم[٤] محترم[٥] بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده عنه[٦].

وهذا معنى قول المصنِّف: (إِزَالَةُ الْيَدِ الْمُحِقَّةِ)، فإنْ قلتَ: هذا القيد لا يتحقق في الغصب عن الغاصب، قلتُ: غاصب الغاصب ليس بغاصب،

---

(١) كتاب: هو مصدر كتب كتابة، وكتبه كتاباً، بمعنى الكتب، والكتاب اسم لما كتب مجموعاً، يقال: كتبت الشيء؛ أي: جمعته، ينظر: تهذيب اللغة: (٨٨/١٠)؛ لسان العرب: (٦٩٨/١).

(٢) «المال في الأصل: ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يُقتنى ويُملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم». النهاية في غريب الحديث والأثر: (٣٧٣/٤).

(٣) ينظر: العين: (٣٧٤/٤)؛ تهذيب اللغة: (٦٢/٨).

(٤) «المال المتقوم: المال الذي يمكن الانتفاع به». معجم لغة الفقهاء: (٣٩٧/١).

(٥) المال المحترم: المال المعصوم الذي لا تجوز مصادرته أو أخذه. ينظر: معجم لغة الفقهاء: (ص: ٤٤١).

(٦) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٣٣٨/١)، وأنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: (ص: ١٠٠).

بل ملحق به في إجراء أحكامه عليه (بِإِثْبَاتِ)؛ أي: مع إثبات (الْيَدِ الْمُبْطِلَةِ)[(١)].

اعلم أنّه لا بدَّ أن يزاد على هذا التعريف، لا على سبيل الخفية؛ ليخرج السرقة[(٢)]، ولا شكَّ في أنّ اليد التي هي عبارة عن الاستيلاء[(٣)]، والتمكن من التصرف بغير مانع، لا تتعدد على الشيء الواحد من جهة واحدة، فثبوت اليد المبطلة، يستلزم زوال اليد المحقة.

ثم إنّه فرع على التعريف المذكور بقوله: (فاسْتِخْدَامُ العَبْدِ) بلا إذن المالك.

(و) كذا (حَمْلُ الدَّابَّةِ)[(٤)]؛ أي: وضع الحمل عليها (غَصْبٌ)؛ لوجود إزالة اليد المحقة، وإثبات اليد المبطلة فيها، (لَا الْجُلُوسُ عَلَى الْبِسَاطِ)[(٥)]؛ أي: لا يكون جلوسه على بساط الغير غصب؛ لأنَّ جلوس

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٢٢/٥)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٦٢/٢).

(٢) السرقة لغةً: «أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية». التعريفات: (ص: ١١٨).
واصطلاحاً: أخذ ما هو مملوك للغير خفية، والسرقة الموجبة للقطع هي أخذ المكلف نصاباً خالياً من المِلْك وشبهته من حرز خفية. ينظر: معجم لغة الفقهاء: (ص: ٢٤٣).

(٣) الاستيلاء: يأتي من استولى، يستولي، استيلاءً، وهو بمعنى من ولي شيئاً، أو وضع اليد على الشيء، يقال: استولى على الأمر. ينظر: شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم: (٧٢٩٦/١١)، ومعجم اللغة العربية المعاصرة، مادة (٢٤٩٦/٣)، ومعجم لغة الفقهاء: (ص: ٦٧).

(٤) الدَّابَّة: لغةً: ـ بالفتح والتشديد ـ جمع دواب، وهي كل ما يدب على الأرض من الحيوان؛ أي: يتحرك عليها.
واصطلاحاً: ما يمشي على أربع من الحيوان، ثم خصت بما يركب ويحمل عليه الأحمال نحو الفرس والإبل والبغل. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: (٧٧٨/١)، والتعريفات الفقهية: (ص: ٩٣).

(٥) البساط: هو ضرب من الْفرش ينسج من الصُّوف وَنَحْوه. ينظر: المعجم الوسيط: (٥٦/١).

الغاصب، لا يمنع جلوس المالك، بل يمكن اجتماعهما، فلا يتحقق معنى الغصب[١].

(وَحُكْمُهُ)؛ أي: حكم الغصب (الْإِثْمُ)[٢] في الآخرة لمن (عَلِمَ) أنّ المأخوذ مالاً لغير، وإنْ ظن الآخذ أنّه ماله، فلا إثم، ومنه ما إذا اشترى شيئاً، ثمّ استحق[٣].

(وَوُجُوبُ رَدِّ عَيْنِهِ)؛ أي: عين المغصوب إلى المالك (فِي مَكَانِ غَصْبِهِ)؛ لأنَّ القيمة [تتفاوت][٤] بتفاوت[٥] الأمكنة (إِنْ كَانَتْ) عينه (بَاقِيَةً)[٦].

(و) وجوب (الضَّمَانُ) عليه (لَوْ هَلَكَتْ) تلك العين المغصوبة، برد القيمة مكانه، سواء كان الهلاك بفعله، أو بفعل غيره[٧].

وفرَّع على قوله: (ووجوب رد عينه) بقوله: (فَفِي) [المغصوب][٨] (الْمِثْلِيِّ[٩] كَالْكَيْلِيِّ[١٠]، وَالْوَزْنِيِّ[١١]، وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ)[١٢] الأفراد

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٢٢/٥)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (١٢٤/٨).
(٢) لأنّه عدوان، وظلم. ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٤٩/١١).
(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٤٩/١١)؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٤٨/٧).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (متفاوتة).
(٦) ينظر: مجمع الضمانات: (ص: ١١٧).
(٧) ينظر: تحفة الفقهاء: (٩١/٣)؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٤٨/٧)؛ الاختيار لتعليل المختار: (٥٩/٣).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) «المثلي: ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به». التعريفات الفقهية: (ص: ١٩٤).
(١٠) الكيلي: ما يكون مقابلته بالثمن مبنياً على الكيل. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: (١٣٩٦/٢).
(١١) «الوزن: امتحان الشيء بما يعادله ليعلم ثقله وخفته، والوزني ما يوزنه». التعريفات الفقهية: (ص: ٢٣٧).
(١٢) «العدديات المتقاربة: هي التي لا يكون بين أفرادها وآحادها تفاوت في القيمة فجميعها من المثليات». التعريفات الفقهية: (ص: ١٤٤).

كالبيض، والجوز (يَجِبُ مِثْلُهُ) إنْ كان موجوداً؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤][(١)]؛ ولأنَّ المثل أعدل لما فيه من مراعاة[(٢)] الجنس[(٣)]، والمالية، فكان أدفع للضرر[(٤)].

(فَإِنِ انْقَطَعَ الْمِثْلُ) عن أيدي الناس، وذلك بأنْ [لا][(٥)] يوجد في السوق الذي يباع فيه، وإنْ وجد في البيوت [ب/٣٧٤] (تَجِبُ قِيمَتُهُ)؛ أي: قيمة المثل (يَوْمَ الْخُصُومَةِ)؛ أي: وقت طلب المغصوب منه حقه من الغاصب عند أبي حنيفة[(٦)]، وهو قول مالك[(٧)(٨)]، وبعض أصحاب الشافعي[(٩)].

(وَعند أبي يُوسُف): تجب قيمته (يَوْمَ الْغَصْبِ)؛ أي: وقت أخذ الغاصب المغصوب؛ لأنَّ المثل لما انقطع التحق [المغصوب][(١٠)] بما لا مثل له، فتعتبر قيمته يوم تحقق السبب، وهو الغصب[(١١)].

---

(١) في (ج) زيادة: (الآية).
(٢) في (أ)، و(ج): (مراعات)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).
(٣) ينظر: خليج البحار: ص١٣٢٣.
(٤) في (أ)، و(ب): (أدفع الضرر)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) ينظر: تحفة الفقهاء: (٩٧/٣)؛ مجمع الضمانات: (ص: ١١٧).
(٧) تجب قيمته يوم الغصب؛ لأن الحكم معلق بذمته بالتعدي لا بالحكم إذا مطالبة الحاكم إنما هي بأمر قد تقدم وجوبه، وإنما ينكشف بالحكم بمقدار ما اشتغلت به ذمته. ينظر: التهذيب في اختصار المدونة: (٨٨/٤)، والمعونة على مذهب عالم المدينة: (ص: ١٢١٣)، وإرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك: (ص: ١٠٢)، والقوانين الفقهية: (ص: ٢١٧)، والتوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب: (٥١٥/٦).
(٨) ينظر: خليج البحار: ص١٥١.
(٩) ينظر: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي: (٢١٩/٧).
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) ينظر: تحفة الفقهاء: (٩٧/٣)، واللباب في شرح الكتاب: (١٨٨/٢).

(وعِنْدَ مُحَمَّدٍ: يَوْمَ الانقِطَاعِ)، وبه قال أحمد[(١)]، وبعض أصحاب الشافعي[(٢)]؛ لأنَّ الواجب على الغَاصب إنّما هو مثل ما غصبه في ذمته، وإنّما ينتقل ذلك إلى القيمة بالانقطاع، فتعتبر قيمته وقت الانقطاع[(٣)].

ولأبي حنيفة: إنّ النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع؛ ولهذا لو صبر إلى أنْ يوجد جنسه تعين له ذلك، وإنّما تنتقل بقضاء القاضي، فتُعتبر قيمتُه يوم الخصومة والقضاء[(٤)].

قوله: (وَفِي الْقِيَمِيِّ) معطوف على قوله: ففي المثلي إلى آخره[(٥)]؛ أي: يجب في المغصوب القيمي، وفسّره بقوله: (كَالْعَدَدِيِّ)؛ أي: الذي يعد، ويكون[(٦)] أفراده متفاوتة[(٧)] لا الذي يقابل بالثمن مبنيّاً على العدد؛ لأنّ قيد (الْمُتَفَاوت) يأباه؛ أي: متفاوت الأفراد من الثياب، والدواب، والبطيخ، والرمان ونحوها، والبر المخلوط بالشعير، فإنّه لا مثل له[(٨)].

وحيث لم يوجد المنصوص عليه؛ أعني: المثل (تَجِبُ قِيمَتُهُ)، وهي وإنْ كانت تتفاوت بحسب الأزمنة، والأمكنة لكن لما تعذر مراعاة[(٩)] الحق في الجنس روعيت في المالية وحدها دفعاً للضرر بقَدْر الإمكان بخلاف العددي المتقارب؛ لأنَّه كالمكيل، فوجب مثله؛ لقلة التفاوت، وإنما قيد بقوله: (يَوْمَ الْغَصْبِ)؛ لأنَّه هو السبب في الضمان، وبه دخل المغصوب تحت الضمان، فأضيف إليه، وإنْ تلف بعض المغصوب، وبقي بعضه، وجب رد ما بقي بعينه، وضمان قيمته بمقدار الهالك على الوجه المذكور،

---

(١) ينظر: الهداية على مذهب الإمام أحمد: (ص: ٣١٣).
(٢) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب: (١٨٠/٧).
(٣) ينظر: تحفة الفقهاء: (٩٧/٣).
(٤) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٣٣٩/١).
(٥) في (أ)، و(ب): (الحاضرة)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٦) في (ج): (يكون).
(٧) في (أ)، و(ب): (المتفاوتة)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٨) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٢٥/٨).
(٩) في (أ)، و(ب): (مرآة)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

وهذا الحكم قد أجمع عليه الأئمة (إِجْمَاعاً)[(١)].

(فَإِن ادَّعَى) الغاصب (الْهَلَاكَ)؛ أي: زعم أنّ ما غصبه قد هلك، لا يصدق من أول وهلة، بل (يُحْبَسُ) تضييقاً عليه، وجزاءً له على صنعه لكن، لا يؤبد حبسه، بل (حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ)؛ أي: المغصوب (لَوْ كَانَ بَاقِياً لَأَظْهَرَهُ) [الغاصب، وتعيين المدة موكول إلى رأي القاضي][(٢)]، أما الحبس؛ فلعدم إتيانه بما يجب عليه، وهو رد المغصوب إلى صاحبه، ثمّ إنّه يدعي أمراً عارضاً؛ أعني: الهلاك وهو خلاف الظاهر، فيحبس إلى أن يأتي به، أو يظهر أنه لو كان موجوداً لما أخره، (ثُمَّ) إذا مضى المدة، ولم يظهر؛ (يَقْضِي عَلَيْهِ بِالْبَدَلِ) من المثل، أو القيمة[(٣)].

قوله: (وَالْغَصْبُ إِنَّمَا هُوَ فِيمَا يُنْقَلُ) شروع في بيان ما يجري فيه الغصب من الأموال، وما لا يجري فيه، وهذا أصل كبير، وفيه اختلاف كثير، لكن مذهبنا أنّه لا يجري الغصب إلا فيما ينقل، ويحول[(٤)]؛

---

(١) الإجماع: لغة: يطلق على أمرين:
أحدهما: العزم وقول القائل: أجمع فلان على كذا: إذا عزم عليه، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَجۡمِعُوٓاْ أَمۡرَكُمۡ﴾ [يونس: ٧١]؛ أي: اعزموا وصمموا. ينظر: لسان العربك (٥٧/٨)، مختار الصحاح (ص: ١١٠).
وثانيهما: الاتفاق، يقال: أجمعوا على الأمر: اتفقوا عليه. ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: (١٠٩/١).
وفي الاصطلاح هو: اتفاق مجتهدي أمة محمد ـ ﷺ ـ بعد وفاته في حادثة على أمر من الأمور في عصر من العصور. ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه: (٣٧٩/٦ ـ ٣٨٠)؛ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: (١٩٣/١).
وينظر: بداية المبتدي: (ص: ٢٠٥).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٣٣٩/١).
(٤) الفرق بين التحويل والنقل: التحويل هو النقل من مكان وإثبات في مكان آخر، والنقل يستعمل بدون الإثبات في مكان آخر. ينظر: البناية شرح الهداية: (١٩٠/١١)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٢٦/٨).

لأنَّ الغصب بحقيقته إنّما يتحقق فيه، فإنّ المنقول يمكن التصرف فيه في مكانه، أو في مكان آخر، بخلاف العقار[١]، فإنه لا ينتقل عن مكانه[٢].

(فَلَوْ غَصَبَ عَقَاراً، فَهَلَكَ فِي يَدِهِ)؛ أي: في يد الغاصب بآفة سماوية، أو انهدم[٣] بناء الدار، وغلب السيل[٤] على الأرض، فبقيت تحت الماء؛ (لَا يَضْمَنُ) عند الشيخين (خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ)، فإنّ عنده: يضمن الغاصب العقار، وهو قول أبي يوسف أولاً، وبه قال الشافعي[٥]، [أ/٣٧٥] ومالك[٦]، وأحمد[٧]؛ لأنَّه أثبت يده على وجه تضمن[٨] تفويت يد المالك عنه، فانعقد ذلك سبباً للضمان كما في المنقول[٩].

ولأبي حنيفة: إنّ الغصب «إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة»[١٠]؛ لأنَّ الواجب ضمان جبر، فيعقد التفويت، وإزالة المِلْك إنّما تكون بالنقل، والتحويل، وذلك لا يتصور في العقار[١١].

قوله: (وَمَا نَقَصَ مِنْهُ بِفِعْلِهِ) يتعلق بقوله: (نقص) (كَسُكْنَاهُ، وَزَرْعِهِ؛ ضَمِنَهُ) جواب عن سؤال مُقدَّر تقديره: أنّ الغصب إذا لم يتحقق في العقار عندكم، فلو سكن أحد عقار غيره، أو زرعه بغير رضاه كيف يكون حكمه؟

---

(١) «العقار: ما له أصل وقرار، مثل: الأرض والدار». التعريفات: (ص: ١٥٣).
(٢) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦١٤)؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (١٨٦/٦).
(٣) في (ج): (انهدام).
(٤) «سيل: السين والياء واللام أصل واحد يدل على جريان وامتداد». مقاييس اللغة: (١٢٢/٣).
(٥) ينظر: جواهر العقود: (١٧٩/١).
(٦) ينظر: روضة المستبين في شرح كتاب التلقين: (١١٥١/٢).
(٧) ينظر: مختصر الإنصاف والشرح الكبير: (٥٨٩/١).
(٨) في (ج): (تضمين).
(٩) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٣٤٠/١).
(١٠) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٢٢/٥)، ومجمع الضمانات: (ص: ١١٧).
(١١) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٦٢/٢).

فأجاب: بأنّه يضمن ذلك عند الجميع؛ لأنَّه نوع إتلاف، والعقار يضمن به، وتفسير النقصان عند نصير[(١)] بن يحيى: أنْ ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل الاستعمال، وبعده؟ فنقصانها ما بينهما، وعن محمد بن سلمة[(٢)]: أنْ ينظر بكم تباع قبل الاستعمال، وبعده؟ فنقصانها ما بين ذلك، وهذا أقيس؛ لأنَّ العبرة لقيمة العين دون المنفعة، وفي النهاية[(٣)]: «أنّ محمد بن سلمة رجع إلى قول نصير»[(٤)]، ثم إن المصنِّف استطرد من بيان حكم التنقيص إلى بيان ضده، وهو الزيادة؛ يعني: لو أنّ الغاصب استفاد شيئاً من العقار كما لو أجره، وأخذ أجره[(٥)]، فقال: (وَيَأْخُذُ)؛ أي: الغاصب (رَأْسَ مَالِهِ) وهو البذر، وما أنفق على الزرع، وقَدْر ما غرم عن النقصان، (وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ) عند أبي حنيفة، ومحمد (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يَتَصَدَّقُ بِهِ)؛ أي: بالفضل؛ لأنَّه حصل في ضمانه، ومِلْكه أمّا الضمان، فظاهر، وأما المِلْك؛ فلأنَّ المضمونات تملك بأداء ضمانها مِلْكاً مستنداً إلى وقت انعقاد السبب، وكل فضل حصل على المِلْك، فهو مِلْك تابع لأصله[(٦)].

ولأبي حنيفة، ومحمد: إنّه حصل بسبب خبث، وهو التصرف في مِلْك الغير بغير إذنه، وما كان هذا ماله، فسبيله التصدق به؛ إذ الفرع

---

(١) في (ب): (بصير).

(٢) هو أبو اليسر كعب بن عمرو بن عباد بن عمرو بن سواد بن غنم بن كعب بن سلمة، وقيل: كعب بن عمرو بن مالك بن عمرو بن عباد بن عمرو بن تميم بن شداد بن غنم بن كعب بن سلمة الأنصاري السلمي، أمه نسيبة بنت الأزهر بن مري، من بني سلمة أيضاً، شهد العقبة وبدراً، وكان عظيم الغناء يوم بدر وغيره، وهو الذي أسر العباس بن عبد المطلب، قال الطبراني: لم يروِ هذا الحديث عن عاصم الأحول إلا أبو الأحوص، وتوفي أبو اليسر بالمدينة سنة خمس وخمسين، ينظر: أُسد الغابة في معرفة الصحابة: (٣٢٦/٦).

(٣) ينظر: خليج البحار: ص٣٦٠.

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٢٥/٥).

(٥) ينظر: المصدر السابق.

(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٦١/٣).

حكمه حكم الأصل حِلّاً[(١)] وحرمةً[(٢)]، والمِلْك المستند ناقص، فلا يرتفع الخبث[(٣)].

(وَكَذَا لَوْ اسْتَغَلَّ الْعَبْدَ الْمَغْصُوبَ، فَنَقَصَهُ الِاسْتِغْلَالُ) بأنْ أجّره، وأخذ[(٤)] أجرته، فنقصه أخذ الأجرة.

(أو آجَرَ الْمُسْتَعَارَ، وَنَقَصَ)؛ بسبب الإجارة[(٥)]؛ (يَضْمَنُ) الغاصب المستعير (النُّقْصَانَ)؛ أي: نقصان المغصوب، والمستعار، والضمير في يضمن يعود إليهما على سبيل البدل كما لا يخفى[(٦)].

(وَمَا فَضَلَ مِنَ الْغَلَّةِ)[(٧)]؛ أي: غلة العبد المغصوب، والأجرة؛ أي: أجرة المستعار من العقار، وغيره بعد صرف ما صرف إلى النقصان (تَصَدَّقَ بِهِ) عند أبي حنيفة، ومحمد (خِلَافاً لَهُ)؛ أي: لأبي يوسف[(٨)]،

---

(١) الحل: لغة: بالكسر ما جاوز الحرم من أرض مكة ويقابله الحرم، وأيضاً ضد الحرام، وشرعاً: ما أباحه الكتاب، والسُّنة؛ أي: ما أباحه الله، سمي به لانحلال عقدة عنه وضده الحرام. ينظر: التعريفات الفقهية: (ص: ٨١)؛ معجم لغة الفقهاء: (ص: ١٨٤).

(٢) الحرام: لغة: وهو نقيض الحلال وجمعه حرم، والتحريم ضد التحليل، والحرام يراد به المنع. ينظر: لسان العرب: (١٢/١١٩).
واصطلاحاً: وهو ما طلب الشارع تركه طلباً جازماً. ينظر: تقريب الوصول إلى علم الأصول: (ص: ١٦٩)، والتحبير شرح التحرير: (٢/٩٤٦).

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٣/٦١).

(٤) في (ج): (أخذه).

(٥) الإجارة لغة: ـ بكسر الهمزة ـ مصدر أجره، يأجره، أجراً، وإجارة، فهو مأجور، هذا المشهور. ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع (ص: ٣١٦)، ولسان العرب: (٤/١٠).
واصطلاحاً: هي ما أعطيت من أجرٍ في عمل، وآجرتُ مملوكي إيجاراً، فهو مُؤجر. ينظر: العين (٦/١٧٣)، ومقاييس اللغة: (١/٦٣).

(٦) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٢٥).

(٧) الغلة: ـ بالفتح ـ كل ما يحصل من ربح أرض، أو كرائها، أو أجرة غلام، ونحو ذلك. ينظر: التعريفات الفقهية: (ص: ١٥٨).

(٨) عند أبي يوسف ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ: هي طيبة، أما ضمان النقصان، فلأنَّ الاستغلال وقع=

والتعليل واحد[١].

وقد نبّه المصنِّف على هذا بإيراد كلمة التشبيه [في قوله: وكذا لو استغل[٢] العبد المغصوب إلى[٣] آخره[٤]؛ لأنَّ التشريك من مواجب التشبيه][٥].

(وَإِنْ تَصَرَّفَ) الغاصب (فِي الْغَصْبِ، أو)، تصرف المودع[٦] في (الْوَدِيعَةِ[٧]، فَرَبِحَ) بسبب ذلك التصرف شيئاً (وَهُمَا) المغصوب، والوديعة (يَتَعَيَّنَانِ بِالتَّعْيِينِ) كالثوب، والدابة بخلاف ما لا يتعين كالدراهم، والدنانير؛ (تَصَدَّقَ بِالرِّبْحِ) الحاصل منهما عند أبي حنيفة، ومحمد (خِلَافاً لَهُ أيضاً)؛ أي: خلافاً لأبي يوسف كما في الفضل[٨] عن النقص[٩] فيما ذكر آنفاً.

(وَإِنْ كَانَا)؛ أي: وإن كان المغصوب، والوديعة (لَا يَتَعَيَّنَانِ) كالدراهم، والدنانير، (فَإِنْ أَشَارَ إِلَيْهِمَا) عند عقد البيع[١٠]، (وَنَقَدَهُمَا)؛

= إتلافاً، فيضمن قَدْر ما أتلف، ويطيب له قَدْر المضمون؛ لأنَّ ذلك القَدْر ليس بربح، والنهي وقع عن الربح. ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٥٤/٧).

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) في (ج): (استغلى).

(٣) في (أ): (إلا)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٤) في (أ): (أجره)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٥) سقط من: (ب).

(٦) المودع: ـ بكسر الدال ـ، وهو من له التصرف في الوديعة بمِلْك، أو تفويض، أو ولاية. ينظر: شرح حدود ابن عرفة: (ص: ٣٤٠).

(٧) الوديعة: لغةً: المال المتروك عند إنسان يحفظه، وشرعاً: هي عقد أمانة تركت عند الغير لحفظ قصداً. ينظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: (ص: ٩٨)؛ التعريفات الفقهية: (ص: ٢٣٦).

(٨) في (ج): (الفصل).

(٩) في (ج): (النقض).

(١٠) البيع لغةً: هو من لغات الأضداد، فهو كالمبيع لغة يطلق غالباً على إخراج المبيع عن المِلْك بعوض مالي قصداً. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: (٣٥٤/١). =

أي: نقد[١] الثمن منهما؛ (فَكَذَلِكَ) يتصدق بالربح الحاصل منهما، (وَإِنْ أَشَارَ إِلى غَيْرِهِمَا)؛ أي: إلى غير المغصوب، والوديعة في العقد مما لا يتعين بالتعين، (وَنَقَدَهُمَا) كالنقدين[٢] [ب/٣٧٥].

(أو) عكس بأن (أَشَارَ إِلَيْهِمَا، وَنَقَدَ غَيْرَهُمَا، أو أَطْلَقَ) الثمن؛ أي: لم يشر إلى شيء بل قال: اشتريت بألف [(وَنَقَدَهُمَا)][٣]، ففي هذه الصور الثلاث (طَابَ لَهُ الرِّبْحُ اتِّفَاقاً) هكذا نقله الكرخي[٤]؛ لأنَّ الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين، لا بدَّ أن تتأكد بالنقد يتحقق الخبث[٥].

وقال عصبة المشايخ: لا يطيب الربح قبل الضمان، وكذا بعده بكل حال، وهو المختار؛ لإطلاق الجواب في الجامعين[٦]، والمضاربة[٧].

(قِيلَ: وَبِهِ يُفْتَى)؛ أي: ما ذكر من أنّ الربح يطيب له في الوجوه الثلاثة الأخيرة لا فيما أشار إليها، ونقد منها، (وَالْمُخْتَارُ: أَنَّهُ لَا طِيبَ) مطلقاً؛ يعني: في الوجوه الأربعة المذكورة لا يطيب الربح للغاصب،

= وشرعاً: هو مبادلة مال بمال بتراض؛ أي: إعطاء المثمن، وأخذ الثمن على سبيل التراضي من الجانبين، فالفرق بين المعنى اللغوي والشرعي إنما هو بقيد التراضي. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: (٣٥٥/١)؛ معجم لغة الفقهاء: (ص: ١١٣).

(١) في (أ): (نقل)، والصواب ما أثبتناه من: (ب)، و(ج).

(٢) ينظر: العناية شرح الهداية: (٣٣٠/٩).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) ينظر: خليج البحار: ص١٥٣.

(٥) ينظر: العناية شرح الهداية: (٣٣٠/٩).

(٦) في (ب): (الجامعين)، والمراد به الجامع الصغير في الفروع والجامع الكبير في الفروع، للإمام المجتهد أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني الحنفي، المتوفى (سنة ١٨٧هـ). ينظر: كشف الظنون (٥٦٣/١، ٥٦٩).

(٧) ينظر: الجامع الكبيرك (ص: ٢٢٠)؛ الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير: (ص: ٣٣٤).

ولا للمودع؛ لأنَّ ذلك تصرف في المال بغير إذن المالك، ومثله لا يطيب بحال[(١)].

(**وَلَو اشْتَرَى بِأَلْفِ الْغَصْبِ، أو الْوَدِيعَةِ جَارِيَةً تَعْدِلُ أَلْفَيْنِ، فَوَهَبَهَا**) للغير، (**أو**) اشترى بتلك الألف (**طَعَاماً**) يساوي ألفين، (**فَأَكَلَهُ، لَا يَتَصَدَّقُ بِشَيْءٍ**) اتفاقاً؛ لأنَّ الربح إنّما يتبين عند اتحاد الجنس، وذلك إنّما يظهر إذا باع الجارية، أو الطعام، فحينئذ يكون الربح ظاهر، ويلزمه التصدق بألف الزائد؛ لأنَّ الثمن الذي يقبضه من جنس الذي اشترى الجارية، أو الطعام به كما لا يخفى[(٢)].

❋ ❋ ❋

فَصْلٌ

[لَمَّا فرغ من بيان حقيقة الغصب، وحكمه؛ أعقبه بذكر ما يزول به مِلْك المالك؛ لأنَّه عارض، وحقه الفصل عما قبله][(٣)]، (**وَإِنْ**[(٤)] **غَيَّرَ الْغَاصِب**[(٥)] **مَا غَصبه**) بالتصرف فيه، (**فَزَالَ**)؛ أي: بطل (**اسْمُهُ**) بذلك التغيير، وزال عنه (**أَعْظَمُ**[(٦)] **مَنَافِعِهِ**)، ومقاصده (**ضَمِنَهُ**) الغاصب، (**وَمَلَكَهُ**)

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٢٦/٥).
ينظر: العناية شرح الهداية: (٣٣٠/٩).

(٢) «على هذا يخرج ما إذا خلط المستودع إحدى الوديعتين بالآخرى خلطاً لا يتميز أن المخلوط يصير مِلْكاً له عند أبي حنيفة ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ لكن لا يطيب له، حتى يرضي صاحبه». بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٥٤/٧).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) في (ج): (إذا).

(٥) في (ج): (غاصب).

(٦) في (أ)، و(ب): (عظم)، والصواب ما أثبتناه من: (ج). ينظر: البناية شرح الهداية: (٢٠٣/١١).

بالضمان، (وَلَا يَحِلُّ انْتِفَاعُهُ بِهِ قَبْلَ أَدَاءِ الضَّمَانِ)، فيحل بعده[١].

[وقال الشافعي[٢]: لا ينقطع حق المالك عن المغصوب، وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً][٣]، ووجهه: [أنّ العين المغصوبة باقية، فتبقى على مِلْك صاحبها، ولا اعتبار لفعل الغاصب؛ لأنَّه محظور، فلا يصلح سبباً للمِلْك، فصار كما إذا لم يتغير بفعل الغاصب، ولنا][٤]: إنّ الغاصب أحدث في المغصوب وصفاً صيره[٥] هالكاً من وجه، ألا يرى أنَّه تبدل الاسم، وفات معظم المقاصد[٦]، ثمّ إنّ عدم حل الانتفاع قبل أداء الضمان إنَّما هو استحسان، والقياس: أنّ له ذلك، وهو [قول][٧] زفر، والحسن بن زياد، ورواية عن أبي حنيفة فيما حكاه الفقيه أبو[٨] الليث، ووجهه: ثبوت المِلْك المطلق للتصرف ألا يرى أنَّه لو باعه، أو وهبه؛ جاز، ووجه الاستحسان: قوله ﷺ في الشاة المذبوحة المَصْلِيَّةِ[٩] لَمَّا أُهديت إليه، وعَلِم أنّها مغصوبة: «أَطْعِمُوهَا الْأُسَارَى»[١٠]، فإنّه أفاد ﷺ بذلك؛ أي: مِلْك صاحبها زال عنها، وأنَّ الانتفاع بها لا يحل قبل إرضاء صاحبها، ونفاذ هبته، وبيعه مع وجود الحرمة؛ لقيام المِلْك حقيقة كما في المِلْك الفاسد.

وبأداء الضمان يحل؛ لأنَّ حق المالك وصل إليه في ضمن البدل، وكذا إذا أبرأه؛ لسقوط حقه بالإبراء.

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية: (١١/٢٠٣)، واللباب في شرح الكتاب: (٢/١٩١).
(٢) ينظر: نهاية في دراية المذهب: (٧/١٩٣)، وفتح العزيز بشرح الوجيز: (١١/٣٣٦).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (غيره).
(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٢٩٩).
(٧) سقط من: (ب).
(٨) في (أ)، (ب): (أبي)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٩) المصلية: أي: المشوية. ينظر: مختار الصحاح: (ص: ١٧٨).
(١٠) أخرجه الإمام أحمد في مسنده: (٣٧/١٨٦)؛ رقم الحديث (٢٢٥٠٩)، قال شعيب الأرناؤوط: إسناده قوي، رجاله رجال الصحيح. ينظر: مسند أحمد: (٣٧/١٨٦).

ثمّ شرع المصنِّف في أمثلة ما ذكر فقال: (كَشَاةٍ) مغصوبة (ذَبَحَهَا، وَطَبخهَا) معاً؛ إذ بمجرد الذبح لا يزول عنها الاسم، يقال: شاة مذبوحة، وشاة حية، لكن زال أعظم المنافع: كالدَّرِّ[(١)]، والنَّسْلِ[(٢)]، فالظاهر: أنّ مجرد ذكر زوال الاسم كافٍ في بيان الضابط، (أو شَوَاهَا)، فإنّ اسم الشاة [أ/٣٧٦] حينئذ يزول، ويحدث لها اسم آخر وهو: سليق[(٣)]، أو شواها[(٤)].

قوله: (أو قَطَّعَهَا) ـ بتشديد الطاء ـ؛ أي: جعلها قطعاً قطعاً؛ يعني: لو ذبح الغاصب الشاة، وقَطَّعها بعد ذلك؛ يضمنها، ويملكها كما لو طبخها، أو شواها بعد الذبح، أما لو ذبحها فقط، أو ذبحها، وسلخها؛ فإنّ اسم الشاة لا يزول عنها بذلك، (وَبُرٍّ[(٥)] طَحَنَهُ، أو زَرَعَهُ)؛ [أي][(٦)]: وكَبُرٍّ طحنه، أو زرعه، فإنّه بذلك يزول عنه الاسم، وأكثر المنافع المقصودة منه[(٧)].

(وَ) كذلك (دَقِيقٍ خَبَزَهُ)؛ أي: جعله خبزاً.

(وَعِنَبٍ، أو زَيْتُونٍ عَصَرَهُ، وَقُطْنٍ غَزَلَهُ[(٨)]، وَغَزْلٍ نَسَجَهُ، وَحَدِيدٍ

---

(١) «الدَّر: اللَّبَن». التقفية في اللغة: (ص: ٣٦٦).
(٢) النسل: الخلق، الولد والذرية، والجمع أنسال، ونسلت الناقة بولد كثير تنسل، بالضم. ينظر: لسان العرب: (٦٦٠/١١)؛ تاج العروس: (٤٨٨/٣٠).
(٣) السليق مفرد، وهو صفة ثابتة للمفعول من سلَقَ: مسلوق؛ مطبوخ بالماء وحده من غير دهن أو توابل. ينظر: تكملة المعاجم العربية: (١٢٨/٦)، ومعجم اللغة العربية المعاصرة: (١٠٩٦/٢).
(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٢٩٩/٤).
(٥) «البُر: الحنطة». تهذيب اللغة: (١٣٧/١٥).
(٦) سقط من: (أ).
(٧) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٤٧٦/٥).
(٨) الغَزْل: ـ بفتح فسكون ـ مصدر غزل، وجمعها غزول، المغزول، جعل الصوف أو القطن أو نحوهما خيوطاً، المغزول من القطن ونحوه. ينظر: معجم لغة الفقهاء: (٢٤٨).

جَعَلَهُ سَيْفاً، وَصُفْرٍ) ـ بضم أوله، وقيل: بكسر[١]، وسكون الفاء ـ صنف من النحاس[٢] إذا غصبه، ([و][٣] جَعَلَهُ آنِيَةً)، فكل هذه حكمها واحد خلافاً، ووفاقاً، وهي مشتركة في زوال الاسم عنها، وضمان الغاصب لها، وتملكها إيّاها عندنا[٤].

خلافاً [للشافعي][٥][٦]، ولأبي يوسف في رواية[٧].

(و[٨] سَاجَةٍ) بالجيم: خشبة عظيمة صلبة تنبت بالهند، وتستعمل في أبواب الدور، وبنائها، وأساسها[٩].

(أو لَبِنَةً بَنَى عَلَيْهَا) اللبنة: بفتح أولها، وكسر ثانيها، أو بكسر الأول، وسكون الثاني، واحدة اللِّبن: الذي يُبنى به معروفة[١٠].

(وَإِنْ جَعَلَ) الغاصب (الْفِضَّةَ أو الذَّهَبَ) الذي غصبه (دَرَاهِمَ، أو دَنَانِير، أو آنِيَةً)، أو حلياً، أو نحو ذلك، (لَا يَمْلِكُهُ) [الغاصب][١١] هذا الضمير يعود إلى مُقَدَّر يُفْهَم من فحوى مجموع الكلام، أو المغصوب، أو المجعول منهما [لا يملكه الغاصب][١٢] عند أبي حنيفة، (وَهُوَ لِمَالِكِهِ)؛

---

(١) الصِّفْرُ: بالكسر الخالي، يقال: بيت صفر من المتاع، ورَجل صفر اليدين. ينظر: مختار الصحاح: (ص: ١٧٧).
(٢) ينظر: مختار الصحاح: (ص: ١٧٧).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٤٨/٧).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: (٢٣/٧).
(٧) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٤٧١/٥)؛ مجمع الضمانات: (ص: ١٣٥).
(٨) في (ج): (أو).
(٩) ينظر: العين: (١٦٠/٦)، والمحكم والمحيط الأعظم: (٥١٩/٧).
(١٠) ينظر: تصحيح الفصيح وشرحه: (ص: ٢٨٣)، ومجمع بحار الأنوار: (٤٦٥/٤).
(١١) سقط من: (أ)، (ب).
(١٢) سقط من: (ج).

أي: للمغصوب منه يأخذه[١] (بِلَا شَيْءٍ، وَعِنْدَهُمَا: يَمْلِكُهُ الْغَاصِبُ، وَعَلَيْهِ مِثْلُهُ) للمغصوب منه؛ لأنَّ الغاصب أحدث في العين المغصوبة صنعة صيرت حق المالك هالكاً من وجه ألا يرى أنَّه كسره، وفات بعض المقاصد منه[٢].

ولأبي حنيفة: إنَّ العين الباقية من كل وجه ألا يرى أنّ الاسم [باقٍ][٣]، وجريان الربا[٤] بين كل منهما، وبين ما صنع منه دليل على بقاء العين، فلا يكون هالكاً، والصنعة التي أحدثها الغاصب، لا اعتبار لها؛ إذ لا قيمة لها عند مقابلة[٥] الجنس بجنسه، (فَإِنْ ذَبَحَ) الغاصب (الشَّاةَ) التي اغتصبها، ولم يفعل بها غير الذبح؛ (فَالْمَالِكُ إِنْ شَاءَ طَرَحَهَا عَلَيْهِ)؛ أي: على الذابح، (وَضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا، أو أَخَذَهَا) مذبوحة، (وَضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا)، وهكذا [حكم][٦] ما يؤكل لحمه من الحيوانات[٧].

(وَكَذَا لَوْ قَطَعَ يَدَهَا)، أو عضواً من أعضائها، وهذا حكم ظاهر الرواية[٨]، ووجهه: أنَّه إتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الأغراض المطلوبة منها، (أو قَطَعَ طَرَفَ دَابَّةٍ غَيْرِ مَأْكُولَةٍ، أو خَرَقَ الثَّوْبَ)

---

(١) في (ج): (يأخذ).

(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٠٠).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) الربا لغة هو: ـ بكسر الراء ـ الشيء يربو ربواً، الفضل والزيادة، وفي الاصطلاح: هو كل زيادة مشروطة في العقد خالية عن عوض مشروع. ينظر: المصباح المنير: (٢٢٣/١)، ومعجم لغة الفقهاء: (ص: ٢١٨).

(٥) في (ج): (المقابلة)، والصواب ما أثبتناه.

(٦) سقط من: (ج).

(٧) ينظر: البناية شرح الهداية: (٢١٣/١١).

(٨) هي روايات، وكتب الطبقة الأولى من طبقات السادة الحنفية، وهم: أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، وزفر، وهي مسائل الأصول، وهي مسائل (المبسوط) لمحمّد الشيباني (ت: ١٨٩هـ) ويقال له: (الأصل)، ومسائلُ (الجامعِ الصغير)، ومسائل (الجامع الكبير)، و(السير)، و(الزيادات) كلُّها تأليفُ محمّد. ينظر: عمدة الرعاية بتحشية شرح الوقاية: (٣٤/١).

المغصوب بفعل الغاصب (خَرْقاً فَاحِشاً[١] فوت بَعْضَ الْعَيْنِ، وَبَعْضَ نَفْعِهِ)، ففي الكل يُخَيّر المالك بين الطرح والتضمين الكل، وبين الأخذ، والتضمين النقص[٢].

(وَفِي) خرق (يَسِيرٍ نَقَصَهُ، وَلَمْ يُفَوِّتْ شَيْئاً مِنْ النَّفْعِ، يُضَمِّنُ نُقْصَانَهُ) فقط كما لو قطع أذن الحيوان الغير المأكول، أو يد العبد مثلاً، فإن المالك يأخذه مع الأرش[٣] المقطوع؛ لأنَّ الفرس مثلاً تبقى منتفعاً به بعد قطع أذنه، والعبد أيضاً بعد قطع يده، فالغاصب لم يفوت منفعته بل أحدث فيه عيباً، فيلزمه أرشه[٤].

ثمّ إنّهم اختلفوا في بيان حد الفاحش، فمنهم من قال[٥]: إنّ الفاحش: هو ما يوجب نقصان ربع القيمة [ب/٣٧٦].

ومنهم من قال: هو ما يوجب نقصان نصف القيمة، والصّحيح: أنّ الفاحش هو ما يفوت بعض المنافع، وذلك مثل قطع الثوب قميصاً، ففات جنس منفعة العباء، والجبة، وبقي جنس منفعة القميص، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنافع، بل يدخله نقصان عيب[٦].

(وَمَنْ بَنَى فِي أَرْضِ غَيْرِهِ) بغير أمره، أو غرس فيها (أُمِرَ بِالْقَلْعِ)؛ أي: برفع البناء، أو الغرس، (وَالرَّدِّ)؛ أي: أمر بردها لصاحبها، وإنْ أبى، فالحاكم يفعل ذلك بنفسه، أو يأذن للمالك أنْ يفعل ذلك هذا إذا لم يلحق الأرض ضرر، ولا نقص بذلك[٧].

---

(١) فاحشاً: كل شيء جاوز حده فهو فَاحِشٌ. ينظر: مختار الصحاح: (٢٠٦/١).
(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٦٣/٣).
(٣) ينظر: خليج البحار: ص٢١٥٩.
(٤) ينظر: اللباب في شرح الكتاب: (١٩٠/٢).
(٥) في (ج): المال.
(٦) وقال بعضهم: الفاحش ما لا يصلح لثوب ما، واليسير ما يصلح، ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٤٦٧/٥)، والعناية شرح الهداية: (٣٤٢/٩).
(٧) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٦٣/٣).

وعن الكرخي أنّه ذكر فيه تفصيلاً فقال: إن كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض؛ لا يؤمر بالقلع، بل يضمن قيمتها، وإنْ كانت أقل[١]؛ فكما ذكر[٢].

(وَإِن كَانَت) الأرض **(تَنْقُصُ)**، وتتضرر **(بذلك الْقَلْعِ، فَلِلْمَالِكِ أَنْ يَضْمَنَ لَهُ)**؛ أي: للباني، والغارس **(قِيمتَهمَا مَأْمُوراً بِقَلْعِهِمَا)**؛ أي: يضمن قيمة البناء، أو قيمة الغرس حال كونهما مأموراً بقلعهما من جانب الشرع، أما القلع، والرد؛ فلقوله ﷺ: «**ليس لِعِرقٍ ظالمٍ حقٌّ**»[٣]، وأمّا ضمان قيمة البناء، والغرس، وتملكهما عند لحوق الضرر بالأرض؛ فلأنَّ فيه نظراً للمالك، والغاصب، ودفع الضرر عنهما[٤].

ثمّ إنّ المصنِّف بَيَّن طريق تقويم البناء، والغرس بقوله: **(فَتُقَوَّمُ الأرض)** وحدها **(بلا شَجَرٍ، أو بِنَاءٍ، وَتَقُومُ مَعَ أحدهما)** حال كونه **(مُسْتَحِقَّ الْقَلْعِ، فَيَضْمَنُ)** المالك لواضع البناء، أو غارس الشجر **(الْفَضْلَ)** بين التقويم الأوّل، والثّاني، فلو كانت قيمة الأرض [وحدها][٥] مئة مثلاً، وقيمتها مع أحدهما مأموراً بقلعه مئة وخمسين، [فالمالك يضمن للآخر خمسين][٦]، ويتملك ما في الأرض ذلك معها، [فإن قلت: الغصب في العقار غير متصور، فكيف وضع الغصب في العقار؟ قلنا: الغصب الموجب للضمان، لا يتصور فيه لا أصل الغصب ألا يرى إلى قوله ﷺ: «**مَنْ غَصَبَ شِبْراً مِنْ أَرْضٍ؛ طَوَّقَهُ اللَّهُ تَعَالَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ**

---

(١) في (أ): (قل).

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٣١/٨).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، بلفظ: (من أحيا أرضاً ميتةً فهي له، وليس لِعِرقٍ ظالمٍ حقٌّ). باب في إحياء الموات، (٦٨٠/٤) رقم الحديث (٣٠٧٣)، وأخرجه الترمذي في سننه، باب: ما ذكر في إحياء أرض الموات، (٥٥/٣) رقم الحديث (١٣٧٨)، قال شعيب الأرناؤوط: إسناده صحيح. ينظر: سنن أبي داود: (٦٨٠/٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٤٩/٧).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) سقط من: (ج).

أَرَضِينَ»[١]؛ ولأنّ المجاز[٢] شائع في كلام العرب، فيجوز أنْ يستعمل فيها مجازاً؛ لتصوره بصورة الغصب][٣][٤].

(وَإِنْ صَبَغَ) الغاصب (الثَّوْبَ) الذي غصبه (أَحْمَرَ، أو أَصْفَرَ، أو لَتَّ[٥] السَّوِيقَ)[٦] الذي غصبه (بِسَمْنٍ، فَالْمَالِكُ)؛ أي: صاحب الثوب (إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ)؛ أي: ضمن الغاصب (قِيمَةَ ثَوبِهِ) حال كونه (أَبْيَضاً)؛ لأنَّه غصبه، كذلك، فيلزمه قيمته عرياً عن الصبغ (وَمِثْلُ سَوِيقِهِ)؛ أي: مقداره؛ وذلك لأنَّ الثوب من القيميات، فيلزم قيمته، والسويق من المثليات، فعليه مثله، فيضمن كلّاً منها باعتبار أصله، (أو أَخَذَهُمَا)؛ أي: الثوب المصبوغ، أو السويق الملتوت (وَضَمِنَ) هو للغاصب (مَا زَادَ الصَّبْغَ)؛ أي: قيمة الصبغ الذي في الثوب بأن يقوم مصبوغاً، وبلا صبغ، فيعطي الغاصب الفضل، (وَ) مقدار (السَّمْنَ) الملتوت به؛ لأنَّ الصبغ مال متقوم، كالثوب، وبغصبه، وصبغه، لا يسقط حرمة ماله، وتجب صيانتهما ما أمكن، وكذا في معنى إيصال مال أحدهما إليه، وإيفاء حق الآخر في عين ماله، وهو فيما قلنا من التخيير إلا إن

---

(١) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، بلفظ: (من أخذ شبراً من الأرض بغير حقه؛ طوقه في سبع أرضين يوم القيامة). كتاب: بدء الخلق، باب: ما جاء في سبع أرضين، (١٠٧/٤) رقم الحديث (٣١٩٨)، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: المساقاة، باب: تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، (١٢٣٠/٣) رقم الحديث (١٦١٠).

(٢) ينظر: خليج البحار: ص١٧١.

(٣) من قوله: (فإن قلت) إلى قوله: (بصورة الغصب) سقط من: (ج).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٤٦/٧).

(٥) اللَّتُّ: الفعل من اللُّتات، وكُلُّ شيءٍ يُلَتُّ به سَويق وغيره نحو السَّمْن وشبهه. ينظر: العين: (١٠٧/٨).

(٦) السويق: هو ما يعمل من الحنطة والشعير، أو ما يغلى منهما ثم يطحن، أو البر المقلي. ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: (٢٩٦/١)، والبناية شرح الهداية: (٣٦٨/١، ٤٩٤/٣).

أثبتنا الخيار لرب الثوب؛ لأنَّه صاحب أصل، والغاصب صاحب وصف[(١)].

(وَإِنْ صَبَغَهُ) [أ/٣٧٧]؛ أي: الغاصب الثوب الأبيض (أَسْوَدَ)، فعند أبي حنيفة: (ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ)؛ أي: يضمن الغاصب قيمة ذلك الثوب حال كونه (أَبْيَض، أو أَخَذَهُ بِلا رَدِّ شَيْءٍ) على الغاصب، (لأنَّه نَقْصٌ)؛ أي: الصبغ الأسود في الثوب نقص، (وَعِنْدَهُمَا): الصبغ (الأَسْوَدُ كَغَيْرِهِ) من الألوان، فهو كمال، وزيادة عندهما[(٢)].

قوله: (وَهُوَ اخْتِلَافُ زَمَانٍ) توجيه للقولين، وهو في الحقيقة جواب عن سؤال تقديره: أنّ السواد إمّا أنْ يكون نقصاً في نَفْسه، أو زيادة، فإنْ كان الأوّل، فالحق مذهب أبي حنيفة، وإنْ كان الثّاني، فالحق ما ذهبا[(٣)] إليه، فأجاب المصنِّف: بأنَّ كلاهما حق باعتبار زمان القائل، فإنّه في زمان الإمام كان السواد، وعند بني أميَّة[(٤)] نقصاً، وعيباً، ثمّ صار كمالاً، وزيادةً في عهد صاحبيه لمّا أنَّ بني العباس اتخذوه شعاراً، هكذا قيل، وقيل: إنْ كان الثوب مما ينقصه السواد، فهو فيه نقصان، وإن كان مما يزيد قيمته، فهو: كالحمرة، والصفرة، كمالٍ وزيادةٍ[(٥)].

❊ ❊ ❊

(١) ينظر: بداية المبتدي: (ص: ١٣٤).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٦١/٧).
(٣) في (أ): (ذهبنا)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٤) بني أمية: هم أبناء وأحفاد أمية بن عبد شمس بن عبد مناف، وكان أمية هذا سيداً من سادات قريش في الجاهلية، وكان هو وعمه هاشم بن عبد مناف متنافسين على الرئاسة والشرف، وبعد أن جاء الإسلام انقلب التنافس إلى عداء ظاهر، فبنو أمية وقفوا ضد الرسول ـ ﷺ ـ ودعوته، أما بنو هاشم فقد أعانوا الرسول ـ ﷺ ـ وحرسوه، ولم يدخل بنو أمية الإسلام إلا بعد أن لم يبقَ طريق غير الدخول فيه، وذلك بعد فتح مكة. ينظر: موجز التاريخ الإسلامي من عهد آدم إلى عصرنا الحاضر: (ص: ١٣٥).
(٥) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٦١/٧)، وبداية المبتدي: (ص: ١٣٤).

فَصْلٌ

في بيان تصرفات الغاصب في المغصوب، وما يتعلق به من الأبحاث

(وَإِنْ غَيَّبَ)؛ أي: الغاصب (مَا غَصَبَهُ، وَضَمِنَ قِيمَتَهُ مَلَكَهُ)؛ أي: الغاصب مِلْكاً (مُسْتَنِداً إلى وَقْتِ الْغَصْبِ)؛ لأنَّ المالك صار مالكاً للبدل، فوجب أنْ يزول مِلْكه عنه؛ كيلا يجتمع البدلان في مِلْك شخص واحد.

وقوله: (غيب)، بالغين المعجمة؛ أي: جعله غائباً على وجه يوجب الضمان، وتقييد الضمان بالقيمة إنّما وقع اتفاقاً، وإلا فالوجه هو التعميم، أو الإطلاق، وتسلم له الأكساب[1] للتبعية (دُونَ الأولادِ)؛ أي: لو كان المغصوب جارية مثلاً، فأكسبت مالاً، وولدت أولاداً، ثمّ غيبها الغاصب، وضمن قيمتها كان ما أكسبته[2] بعد الغصب للغاصب، ولا يكون ما ولدته من أولادها له؛ لأنَّ تبعيتهم فوق تبعية الأكساب، ألا ترى أنّ ولد المدبر[3]، والمكاتب[4] مدبر، ومكاتب، ولا يكون أكسابهما مدبراً، أو مكاتباً[5].

(وَالْقَوْلُ فِي الْقِيمَةِ)؛ أي: في قيمة المغصوب للغاصب؛ (مَعَ يَمِينِهِ)؛ لأنَّه منكر (إِنْ لَمْ يُبَرْهِنْ مَالِكُهُ عَلَى الزِّيَادَةِ)؛ لأنَّه أثبته بالحجة الملزمة، ثمّ ينظر بعد ذلك، (فَإِنْ ظَهَرَ) المغصوب، (وَقِيمَتُهُ أكثر) ممّا أدى الغاصب، والحال أنَّه (قَدْ ضَمِنَهُ)؛ أي: المغصوب (بِقَوْلِ الْمَالِكِ) فقط من غير

(١) في (ج): (الأسباب).

(٢) في (ج): (ما اكتسبه).

(٣) ينظر: خليج البحار: ص٤٠٣.

(٤) ينظر: خليج البحار: ص٤٠٣.

(٥) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٣٠)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (٨/١٣٥).

برهان، (أو بِبُرْهَانِهِ)، بأنْ أقام بينة[١] على مقدارها، (أو) كان ضمنه (بِالنُّكُولِ)[٢] من الغاصب عن اليمين؛ (فَهُوَ) أي: المغصوب؛ (لِلْغَاصِبِ)؛ لأنَّه أدّى قيمته، فيكون له، (وَلَا خِيَارَ لِلْمَالِكِ) في أنْ يرد القيمة، ويأخذ المغصوب؛ لأنَّه قد تم المِلْك فيه للغاصب؛ بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار، (وَإِنْ) كان (ضَمِنَهُ) الغاصب (بِقَوْلِهِ): مع يمينه، أو بغير يمين؛ (فَالْمَالِكُ) بالخيار (إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ) السابق (أو أَخَذَهُ)؛ أي: المغصوب من الغاصب (وَرَدَّ عِوَضَهُ) الذي كان أخذه منه؛ لأنَّه لم يتم رضاه بهذا[٣] المقدار من القيمة، وإنما أخذه؛ لعدم الحجة، ولو ظهرت العين، وقيمتها مثل ما ضمنه، أو دونه، فكذلك الجواب في ظاهر الرواية، وهو الأصح، خلافاً لما قاله الكرخي: إنّه لا خيار له[٤].

(وَلَوْ بَرْهَنَ كُلٌّ مِنْ الْمَالِكِ وَالْغَاصِبِ) وهذه من زوائد المجموع[٥][٦] (على الْهَلَاكِ)؛ أي: على هلاك المغصوب [ب/٣٧٧] (عِنْدَ الآخر)؛ أي: [لو][٧] أقام الغاصب بينة على أنّه ردّ المغصوب إلى المالك، فهلك عنده، وأقام المالك بينة على أنّه هلك عند الغاصب؛ (فَبَيِّنَةُ الْغَاصِبِ أولَى) عند محمد، (خِلَافاً لِأَبِي يُوسُفَ)، فإنّ عنده: بينة المالك أولى؛ لأنَّها مثبتة للضمان، ولمحمد: إنّ الضمان ثابت بنَفْس الغصب، فلا حاجة إلى إثباته، لكن الغاصب يدعي زواله، والمالك يُنْكِره، فبينة

---

(١) البينة: لغة: الحجة، فيعلة من البيونة، أو البيان. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (٩٨/١). واصطلاحاً: «الحجة القوية أو الشهادة». النهاية في غريب الحديث: (١٧٤/١).

(٢) النكول: هو الامتناع عن اليمين وترك الإقدام عليها. ينظر: طلبة الطلبة: (٤٣/١)، والنهاية في غريب الحديث والأثر: (١١٧/٥).

(٣) في (ج): (بهذه).

(٤) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٦٧/٢).

(٥) ينظر: المصدر السابق.

(٦) سقط من: (ج).

(٧) سقط من: (ج).

الغاصب تكون أولى، وقول محمد ظاهر المذهب؛ فلذا قَدَّمه المصنِّف على عادته بتقديم الأرجح[١].

(وَمَنْ غَصَبَ عَبْداً، فَبَاعَهُ، فَضَمَّنَهُ) المالك قيمته (نَفَذَ بَيْعُهُ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ، فَضَمِنَهُ، لَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ) والفرق: أنّ المِلْك الثابت للغاصب فيه ناقص؛ لثبوته مستنداً، والثابت بطريق الاستناد، وثابت من وجه دون وجه، والمِلْك الناقص يكفي لنفاذ البيع، ولا يكفي للعتق كالمكاتب يملك البيع، ولا يملك[٢] العتق؛ لنقصان مِلْكه، (وَزَوَائِدُ الْمَغْصُوبِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ) على الغاصب عندنا إنْ هلكت (مَا لَمْ يَتَعَدَّ فِيهَا) بأنْ أتلفها، (أو يَمْنَعُهَا) عن مالكها (بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ إِيَّاهَا) مع القدرة على التسليم؛ لتحقق التفويت حينئذ (سَوَاءٌ كَانَتْ) تلك الزوائد (مُتَّصِلَةً) بالمغصوب (كَالْحُسْنِ)؛ أي: الجمال، (وَالسِّمَنِ)، وصوف الغنم، (أو مُنْفَصِلَةً) عنه (كَالْوَلَدِ)؛ أي: ولد المغصوب، (وَالثَّمَرَةِ)؛ أي: ثمرة البستان المغصوب، وكالبيض، ولبن الحيوان، ونحو ذلك، فالكل أمانة في يد الغاصب إنْ هلك ذلك كله، أو بعضه، فلا ضمان على الغاصب إذا لم يتعدَّ، أو يمنعها عن المالك بعد طلبه إيّاها[٣].

(وإنْ نقصت الجارية بالولادة في يد الغاصب؛ ضَمِنَ نُقْصَانَهَا) هذا إذا حدث[٤] الحَبَل في يد الغاصب من غير المولى والزوج، أمّا إذا كان من أحدهما؛ فلا يجب عليه الضمان لا في الهلاك، ولا في النقصان، (وَ يُجْبَرُ) ذلك النقصان (بِقِيمَةِ الْوَلَدِ) إنْ كان في قيمته وفاء، ويسقط ضمانه عن الغاصب، وإنْ لم يكن وفاء[٥] به؛ يسقط بحسابه[٦].

---

(١) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢/٢٦٣).
(٢) في (أ): زيادة: (البيع).
(٣) ينظر: مجلة الأحكام العدلية: (ص: ١٧٤).
(٤) في (ج): (أحدث).
(٥) في (أ، ب): (وفا)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٠٣).

[وقال زفر[١]، والشافعي[٢]: لا ينجبر النقصان بالولد؛ لأنَّه مِلْكه، فكيف ينجبر مِلْكه بمِلْكه؟

ولنا: إنّ سبب النقصان، والزيادة شيء واحد وهو: الولادة؛ لأنَّها أوجبت فوات جزء من مالية الأم، وحدوث مالية الولد، فإذا صار مالاً انعدم ظهور النقصان به، فانتفى الضمان][٣][٤].

(أو بِالْغُرَّةِ[٥] إنْ وَفَّتَ) صورته: ضرب غير الغاصب بطن الجارية المغصوبة، فأسقطت، ونقصت قيمتها بذلك، وضمن الغاصب الضارب غرة الجنين، وكان بها وفاء النقص الجارية ينجبر بذلك؛ وذلك لأنَّ الغرة أقيمت مقام الولد؛ لوجوبها بدلاً عنه، وهذه زيادة من المختار[٦].

وقوله: إنْ وَفَّتَ، المشعر بالغرة، وليس بذلك، بل يُعتبر وفاء الولد أيضاً كما مر، فلو قال: إنْ وفَّتا؛ أي: قيمة الولد، والغرة لكان أولى[٧].

(وَلَوْ زَنَى بِأَمَةٍ غَصَبَهَا، فَرَدَّهَا) إلى صاحبها (حَامِلاً) من الزنا (فَوَلَدَتْ، فَمَاتَتْ) الجارية (بِهَا)؛ أي: بسبب الولادة؛ (ضَمِنَ قِيمَتَهَا يَوْمَ عُلُوقِهَا)؛ لأنَّه غصبها، وما انعقد فيها سبب التلف، وهو الولادة، ورُدَّتْ، وفيها ذلك، فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذ، فلم يصح الرد (بِخِلَافِ الْحُرَّةِ) [أ/٣٧٨] إذا زنى بها رجل مكرهة، فحبلت، فماتت في نفاسِها، فأنّها لا تضمن بالغصب؛ ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرّد (وَعِنْدَهُمَا: لَا يَضْمَنُ) في الحرة، ولا (فِي الْأَمَةِ أيضاً)؛ يعني: جميع قيمتها، ولكن

(١) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (١/٣٤٤).
(٢) ينظر: المهذب في فقة الإمام الشافعي للشيرازي: (٢/٢٠٧).
(٣) من قوله: (وقال زفر) إلى قوله: (فانتفى الضمان) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (١/٣٤٤).
(٥) «الْغُرَّة، بالضم: هي دية الجنين وهي خمسمئة درهم حقيقية، أو حكمية، كما إذا كانت فرساً أو أمة أو عبداً قيمته تلك، وإنما سُميت بها؛ لأنها أول مقادير الديات، وغرة الشيء أوله». كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: (٢/١٢٤٩).
(٦) ينظر: المختار للفتاوى: (لوحة: ٧٥).
(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٠٤).

يضمن نقصان الحَبَل؛ لأنَّ سبب التلف حصل عند المالك بعد صحة الرّد من الغاصب؛ لأنَّ العيب[١] لا يمنع صحة رد الأصل، فخرج عن عهدة[٢] رد الأصل، وبقي في عهدة النقصان والعيب[٣].

(وَلَوْ رَدَّهَا مَحْمُومَةً، فَمَاتَتْ لَا يَضْمَنُ، وَكَذَا لَوْ زَنَتْ عِنْدَهُ)؛ أي: عند الغاصب، (فَرَدَّهَا، فَجُلِدَتْ) عند المالك، (فَمَاتَتْ مِنْهُ)؛ أي: من الجلد لا يضمن الغاصب اتفاقاً؛ لأنَّ نفس الحُمى، والزنا ليس سبباً للهلاك، بل إنّما ماتت بامتداد الحُمى، وبالجَلد، وهما سببان وجدا عند المالك، فلا يؤاخذ الغاصب بهما اتفاقاً[٤].

(وَلَا يَضْمَنُ) الغاصب (مَنَافِعَ مَا غَصَبَهُ سَوَاءٌ) كان عقاراً (سَكَنَهُ)؛ أي: سكن فيه، (أو عَطَّلَهُ) بأن تركه معطلاً، وهذا عندنا[٥].

وعند الشافعي: يضمن في الوجهين[٦].

وعند مالك: في الأول، فيجب أجر المثل (إِلَّا فِي الْوَقْفِ)[٧][٨].

---

(١) في (أ): (الغصب)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٢) العهْدة: وثيقة المتبايعين؛ أي: الميثاق واليمين التي تستوثق بها ممن يعاهدوك. ينظر: تهذيب اللغة: (٩٨/١)، وشمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم: (٤٨٠٤/٧).

(٣) ينظر: البناية شرح الهداية: (٢٤٤/١١).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٥٧/٧)؛ الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٣٤٠/١).

(٥) ينظر: المصدر السابق.

(٦) ينظر: فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير للرافعي: (٢٤٩/١١).

(٧) الوقف لغة: الحبس، ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف (٣٤٠/١)؛ التعريفات الفقهية (٢٣٩/١)، واصطلاحاً: عند أبي حنيفة: حبس العين على مِلْك الواقف والتصدق بالمنفعة، وعندهما: حبس العين على حكم مُلْك الله تعالى، فيزول مِلْك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد، فيلزم، ولا يباع، ولا يوهب، ولا يورث. ينظر: الهداية: (١٥/٣).

(٨) ينظر: الذخيرة للقرافي: (٢٥٧/٨).

أخذ هذا الاستثناء من المَجْمع[١] من كتاب الوقف، وهو الأنسب هنا[٢].

وفي الجامع الكبير[٣] والبزازية[٤]: منافع الغصب غير مضمونة إلا في ثلاثة مواضع:

أحدها: ما ذكره المصنِّف.

والثّانية: مال اليتيم.

والثّالثة: ما كان معداً للاستغلال قال في البزازية[٥]: وعليه الفتوى.

(وَلَا) يضمن **(خَمْرَ الْمُسْلِمِ، أو خِنْزِيرَهُ بِالْإِتْلَافِ)** بأن أسلم ذمي[٦]، وفي يده الخمر والخنزير، فأتلفهما آخر؛ لأنَّهما ليسا بمال في حق المُسْلم، **(وَضَمِنَ)** المُسْلم **(الْقِيمَةَ فِيهِمَا)**؛ أي: الخمر، والخنزير **(لَوْ كَانَا لِذِمِّيٍّ)**؛ لأنَّهما مال متقوم في حق أهل الذمة، [وإنّما قلنا بتضمين المُسْلم قيمة خمر الذمي إذا أتلفه مع أنَّ الخمر من ذوات الأمثال؛ لأنَّ المُسْلم ممنوع عن تمليكها وتَمَلُّكها؛ إذ فيهما إعزاز ما تجب إهانته بخلاف الذمي][٧][٨].

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص١٩٥٣.

(٢) ينظر: مجمع البحرين وملتقى النيرين: (ص: ٤٧٣).

(٣) ينظر: الجامع الكبير: (ص: ٢١٧).

(٤) ينظر: خليج البحار: ص١٧٨.

(٥) ينظر: الفتاوى البزازية: (٢/٢٩٧).

(٦) الذمي: هو المعاهد الذي أعطي العهد يأمن به على ماله وعرضه ودِينه، وأذم له عليه: أخذ له عليه العهد. ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة (١/٨٢١)؛ القاموس الفقهي (ص: ١٣٨).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) وذلك لأن الخمر لهم كالخل لنا، والخنزير لهم كالشاة لنا، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع، فيعتذر الإلزام، وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه، بخلاف الميتة والدم؛ لأن المُسْلم ممنوع من تمليكه كونه إعزازاً له. ينظر: الهداية شرح البداية: (٤/٣٠٢).

(وَإِنْ أَتْلَفَ ذِمِّيٌّ خَمْرَ ذِمِّيٍّ ضَمِنَ مِثْلَهَا)؛ لأنَّها مال في حقه، وقد أُمرنا أنْ نتركهم على ما يدينون، (وَلَا ضَمَانَ بِإِتْلَافِ الْمَيْتَةِ، وَلَوْ) كانت (لِلذِمِّيِّ)؛ لأنَّ أحداً من أهل الأديان لا يدين بتمولها[(١)].

(وَلَا ضَمَانَ بِإِتْلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَمْداً، وَلَوْ) ـ وصلية[(٢)] ـ كان مِلْكاً (لِمَنْ يُبِيحُهُ) كالشافعي[(٣)]؛ يعني: لو ذبح أحد شاة مثلاً، ولم يذكر اسم الله تعالى عليها؛ فإنْ كان فعل ذلك عمداً، فهي ميتة لا يحل أكلها عندنا[(٤)]؛ لقوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] الآية.

وعند الشافعي[(٥)]: يحل قياساً على الناسي؛ فإنّه لو فعل ذلك ناسياً؛ حلت بالاتفاق.

(وَإِنْ غَصَبَ) غاصب (خَمْرَ مُسْلِمٍ فَخَلَّلَهَا)؛ أي: «جعلها خلّاً»[(٦)] (بِمَا لَا قِيمَةَ لَهُ) كالنقل من الظل إلى الشمس، أو منها إليه، فصارت خلّاً (أَخَذَهَا الْمَالِكُ)؛ أي: يأخذ المالك الخل من الغاصب (بِلَا شَيْءٍ)؛ إذ ليس للغاصب فيها حق، وعلى هذا، (فَلَوْ أَتْلَفَهَا الْغَاصِبُ) بعد التخلل المذكور؛ (ضَمِنَهَا) بسبب التعدي؛ لأنَّ التخليل[(٧)] تطهير لها، بمنزلة غسل الثوب النجس، ومن غصب ثوباً نجساً، وطهره لا يزول الثوب من مِلْك المالك، وكذا هنا، فيضمنها بمثلها من الخل؛ لإتلافه مِلْك الغير (لَا لَوْ تَلِفَتْ)؛ يعني: لو تلفت بنفسها من غير تعدٍّ من الغاصب لا يضمنها؛ إذ لا مدخل له في تلفها، والضمان إنّما يكون بالتعدي[(٨)].

---

(١) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٦/٢١١).
(٢) ينظر: خليج البحار: ٤١٦.
(٣) ينظر: المجموع شرح المهذب: (٨/٤١١).
(٤) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦١٩).
(٥) ينظر: الأم، للشافعي: (٢/٢٦١).
(٦) لسان العرب: (١١/٢١١).
(٧) في (ج): (التخلل).
(٨) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٧/١٦٢).

(وَإِنْ خَلَّلَ) الغاصب خمر المُسْلم (بِإِلْقَاءِ مِلْحٍ) هو مِلْكه فيها (مَلَكَهَا)؛ أي: الغاصب الخل، (وَلَا شَيْءَ) للمالك (عَلَيْهِ)؛ أي: الغاصب؛ لأنَّ الخمر لم تكن متقوماً [ب/٣٧٨] [والملح مثلاً متقوم][1]، فرجح[2] جانب الغاصب، فيكون له بغير شيء[3].

(وَعِنْدَهُمَا: يَأْخُذُهَا الْمَالِكُ إِنْ شَاءَ، وَيَرُدُّ) للغاصب (قَدْرَ وَزْنِ الْمِلْحِ) الذي ألقاه فيها (مِنَ الْخَلِّ)؛ لأنَّ الملح قد ذاب، وصار خلاً، فهو بينهما على قَدْر مِلْكهما، (فَلَوْ أَتْلَفَهَا الْغَاصِبُ) بعد أنْ صارت خلاً بإلقاء الملح فيها (لَا يَضْمَنُ) عند أبي حنيفة (خِلَافاً لَهُمَا)؛ لأنَّ عندهما: يضمن الغاصب للمالك مثل ما أتلفه من الخل؛ لأنَّه من ذوات الأمثال، وقد صار بالتخلل متقوماً واجب الرّد، فإذا فوته على المالك؛ يجب خَلَفُه عليه كما في المستعار[4].

ولأبي حنيفة: إن التقوّم حصل بصنع الغاصب، وصنعته[5] متقوّمة[6]؛ لاستعماله مالاً متقوماً فيه، فكان أصلاً له، والخمر المتخلل تبعاً له في التقوم، ثمّ الأصل غير مضمون على الغاصب؛ لأنَّه مِلْكه، فلا يكون التبع مضموناً أيضاً كما لو هلك من غير صنعه على ما بيناه آنفاً[7].

(وَإِنْ خَلَّلَهَا)؛ أي: الغاصب الخمر التي غصبها (إِلْقَاءِ خَلٍّ فيها مَلَكَهَا، وَلَا شَيْءَ لِلْمَالِكِ)؛ أي: لمالك الخمر على الغاصب (عِنْدَ الْإِمَامِ) أبي حنيفة؛ لأنَّ نَفْس الخلط استهلاك عنده، ولا ضمان في استهلاك الخمر؛ لعدم تقومه[8].

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) في (ج): (فيرجح).
(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٦/٤)، والعناية شرح الهداية: (٣٦٦/٩). ينظر: مجمع الضمانات: (ص: ١٣٦).
(٤) في (ب، ج): (خلقه)، والصواب ما أثبتناه، ينظر: الهداية: ٣٠٥/٤؛ أي: قيمته.
(٥) في (ب، ج): (متقوم).
(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٦/٤)، والعناية شرح الهداية: (٣٦٦/٩).
(٧) ينظر: البناية شرح الهداية: (٢٦٥/١١).
(٨) زوائد الهداية على القدوري لعلي بن نصر بن عمر نور الدين المشهور بابن السوسي=

(وَكَذَا) لا ضمان (عِنْدَ مُحَمَّدٍ إِنْ تَخَلَّلَتْ مِنْ سَاعَتِهَا، وَإِلَّا)؛ أي: وإن لم تتخلل من ساعتها، بل تخللت بعد زمان، لكون ما ألقى فيها من الخل قليل، (فَالْخَلُّ)؛ أي: المجموع (بَيْنَهُمَا)؛ أي: بين الغاصب، والمالك (عَلَى قَدْرِ مِلْكِهِمَا) يقتسمانه كيلاً؛ لأنَّه صار كمن خلط الخل بالخل، وهو على أصله ليس باستهلاك.

وعند أبي حنيفة: هو استهلاك كما بيناه آنفاً، فكله للغاصب، ولا شيء عليه للمالك؛ لأنَّه أتلف مِلْك نفسه، وهذا التفصيل من زوائد الهداية على غيرها[(١)].

وكذا قوله: (وَإِنْ غَصَبَ جِلْدَ مَيْتَةٍ، فَدَبَغَهُ[(٢)] بِمَا لَا قِيمَةَ لَهُ) كالتراب، والشمس (أَخَذَهُ الْمَالِكُ بِلَا شَيْءٍ)؛ إذ ليس في مال متقوم للغاصب، وكانت الدباغة إظهاراً للمالية، والتقوم، فصارت كغسل الثوب، (فَلَوْ أَتْلَفَهُ الْغَاصِبُ؛ ضَمِنَ) للمالك (قِيمَتَهُ مَدْبُوغاً)، وعليه أكثر المشايخ؛ لأنَّ وصف الدباغة تابع للجلد، فلا يفرد عنه، وإذا صار الأصل مضموناً عليه؛ صار الوصف أيضاً مضموناً[(٣)].

(وَقِيْلَ): يضمن قيمته (طَاهِراً غَيْرَ مَدْبُوغٍ)؛ لأنَّ الوصف المذكور إنّما حصل بفعل الغاصب، فلا يضمنه، (وَإِنْ دَبَغَهُ بِمَا لَهُ قِيمَةٌ) كالعفص[(٤)(٥)]،

= (ت: ٦٩٥هـ) ذكر الفروع التي اشتمل عليها كتاب الهداية زائداً عما تضمنه مختصر القدوري. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية: (٣٨١/١)، وتاج التراجم لابن قطلوبغا: (ص: ٢١٦).

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٦/٤).

(٢) الدبغ المصدر، يقال: دبغ الدباغ الجِلد يدبغه دبغاً، والدباغة: حرفة الدباغ. ينظر: تهذيب اللغة: (٩٤/٨).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٩٦/١١).

(٤) في (ج): (كالغفض).

(٥) العَفْصُ: ثَمر مَعْرُوف يُدبغ بِهِ. ينظر: جمهرة اللغة: (٨٨٥/٢)؛ المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٣١٨).

والقرظ[١]؛ (يَأْخُذُهُ الْمَالِكُ، وَيَرُدُّ مَا زَادَ الدَّبْغُ) إلى الغاصب، ثمّ إنّه بين طريق معرفته بقوله: (بِأَنْ يُقَوَّمَ)[٢] ذلك الجِلد مرتين:

الأول: يقوّم (مَدْبُوغاً).

والثّانية: يقوّم (ذَكِيّاً غَيْرَ مَدْبُوغٍ).

(وَيَرُدُّ) المالك للغاصب (فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا)، والمرجع فيه إلى أصحاب الخبرة من الدباغين، وإنّما لزم ذلك؛ لأنَّه اتصل بالجِلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب، فكان بمنزلته[٣].

(وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يَحْبِسَهُ)؛ أي: له أنْ لا يسلم الجِلد إلى المالك (حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ) كما في حبس المبيع؛ لأجل الثمن، (وَإِنْ أَتْلَفَهُ لَا يَضْمَنُ)؛ أي: لو أتلف الغاصب الجلد الذي دبغه بماله قيمة لا يضمنه عند أبي حنيفة.

(وَعِنْدَهُمَا: يَضْمَنُهُ مَدْبُوغاً إِلَّا قَدْرَ مَا زَادَ الدَّبْغُ) فيه أمّا الضمان؛ فلأنَّه أتلف مالاً متقوماً، فيضمنه كالوديعة، وكما لوديعة بما لا قيمة له، وكما لو استهلكه غيره لأبي حنيفة [٣٧٩/أ] أنّ تقومه مضاف إلى ما زاده الغاصب فيه، وهو تابع له، والأصل غير مضمون عليه، فكذا التابع على ما مرَّ في تخليل الخمر[٤] بماله قيمةً، وأما استثناء مقدار ما زاد الدبغ فيه؛ فلأنَّه حق الغاصب، فله أخذه[٥].

---

(١) القَرْظ: ورق شجر السلم يدبغ به الجلود، والسلمة شجرة من الغضى ذات شوك. ينظر: جمهرة اللغة: (٧٦٣/٢)؛ معجم ديوان الأدب: (٢١٨/١)؛ تهذيب اللغة: (٣٠/٢).

(٢) أي: ينظر إلى قيمة الجِلد. ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٣٦/٥).

(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٥/٤).

(٤) في (ج): (خمر).

(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٥/٤)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٣٦/٥).

(وَلَوْ تَلِفَ) بآفة سماوية غير صنع الغاصب (لَا يَضْمَنُ اتِّفَاقاً)؛ لعدم التعدي (وَمَنْ كَسَرَ لِمُسْلِمٍ بَرْبَطاً[١]، أو طَبْلاً[٢]، أو مِزْمَاراً[٣]، أو دُفّاً[٤]، أو أَرَاقَ لَهُ سَكَراً) ـ بفتحتين ـ وهي التي من ماء الرطب إذا اشتد[٥][٦]، (أو) أراق له (مُنَصَّفاً) وهو ما ذهب نصفه بالطبخ من ذلك[٧] (ضَمِنَ قِيمَتَهُ)، والضمير يعود إلى كل واحد من المذكورات على سبيل البدل، وهذا الضمان إنما يكون إذا كان (لِغَيْرِ لَهْوٍ) عند أبي حنيفة (وَيَصِحُّ) عنده أيضاً (بَيْعُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ، وقَالَا: لَا يَضْمَنُ) متلف هذه الأشياء على المسلم، (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا)، ولا شراؤها، (وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى)؛ لأنَّ إتلافها احتساب، ونهي عن المنكر، ولا ضمان على المحتسب؛ وذلك لأنَّها أعدت للمعصية، فبطل تقومها كالخمر، والشرع قد ندب[٨]

---

(١) البربط: هو العود من آلات الملاهي أعجمي ليس من ملاهي العرب، فأعربته حين سمعت به، بربط ـ بكسر الراء ـ؛ أي: صدر الإوز، وبر بالفارسية: الصدر؛ لأنه يشبهه. ينظر: لسان العرب: (٢٥٨/٧)؛ تاج العروس: (١٣٨/١٩).

(٢) الطبل الَّذِي يضْرب بِهِ: مَعْرُوف، وَالْجمع طبول وأطبال. ينظر: جمهرة اللغة: (٣٥٩/١).

(٣) مِزْمار: «آلة من خشب أو معدن بها ثقوب للأصابع، ولها مفاتيح، تنتهي قصبتها ببوق صغير، يُنفخ فيها، فتحدث صوتاً». معجم اللغة العربية المعاصرة: (٩٩٤/٢).

(٤) دُفّ مفرد، جمعه دُفُوف، وهو آلة للطَّرب، مستديرة لها جلد مَشدودٌ يُنْقر عليه. ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: (٧٥٥/١).

(٥) في (ج): (اشتدت).

(٦) ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر: (٢٢/٤).

(٧) ينظر: معجم لغة الفقهاء: (٤٦٤/١).

(٨) المندوب لغةً: يطلق على المستحب، والأثر، وعلى الخطر، وندبه إلى الأمر كنصره، ودعاه، وحثه، ووجهه، يقال: ندبه لأمر، فانتدب له؛ أي: دعاه له فأجاب. ينظر: معجم مقاييس اللغة: (٤١٣/٥)؛ القاموس المحيط: (ص: ١٧٥)؛ مختار الصحاح: (٣٣١/١). واصطلاحاً: عرفه الجصاص الحنفي: «بأن الندب معلق به استحقاق الثواب عليه من غير ذم تاركه» الفصول في الأصول، للجصاص: (٣٠٠/١). وقيل: ما يمدح فاعله ولا يذم تاركه، وقيل: هو الذي يكون فعله راجحاً في نظر الشرع. ينظر: إرشاد الفحول: (ص: ٤٧).

إلى الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، فصار الفاعل كأنّه باشر بأمر الإمام[١].

ولأبي حنيفة: إنّها أموال تصلح لما يحل من وجوه الانتفاع، وإنْ كانت تصلح لما لا يحل، فصارت كالأمة المغنية؛ وهذا لأنَّ الفساد بفعل فاعل مختار، وهو خارج عنها، فلا يوجب سقوط التقوم، وجواز البيع والتقويم يترتبان على المالية والتقوم، وأمّا الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فعلان موكولان[٢] إلى الأمراء؛ لقدرتهم عليه، وغيرهم إنّما هو مأمور بأن يقول بلسانه، وفي السَّكَرِ، والمُنَصَّف[٣] تجب القيمة لا المثل؛ لأنَّ المُسْلم ممنوع عن تملك عينها، ومع ذلك لو فعل، جاز بخلاف ما لو أتلف صليب[٤] النصراني[٥]، فإنّه يضمنه صليباً[٦]؛ لأنَّه متضرر على ذلك[٧].

(وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرَةً، فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ ضَمِنَ قِيمَتَهَا) اتفاقاً؛ لأنَّ ماليتها متقومة بالاتفاق.

(وَلَوْ) غصب (أُمَّ وَلَدٍ[٨]، فَلَا ضَمَانَ) عليه؛ لعدم تقومها عند

---

(١) وقيل: الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو، فأما طبل الغزاة والدف الذي يُباح ضربه في العرس يضمن بالإتلاف من غير خلاف، وقيل: الفتوى في الضمان على قولهما. ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٦٧/٧ ـ ١٦٨)؛ الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٧/٤).

(٢) في (أ، ب): (فعل موكول)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٣) في (أ، ب): (المصنف).

(٤) الصليب: شيء مثلث كالتمثال تعبده النصارى. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص: ٢٧٠).

(٥) النصراني: نصراني مفرد، جمع نصارى، مؤنثه نصرانية، ونصارى: من يتبع دِين المسيح. ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: (٢٢٢١/٣).

(٦) في (أ): صلبياً، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٧/٤)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٣٨/٥).

(٨) أم الولد: هي أمة إذا ولدت من مولاها فقد صارت أم ولد له، وتكون بالولادة مستحقة للحرية بوفاة سيدها، ويسمونها الفقهاء الاستيلاد. ينظر: تحفة الفقهاء (٢٧٣/٢).

أبي حنيفة(١).

(خِلَافاً لَهُمَا) فإنّ عندهما: يضمن الغاصب قيمة أم الولد أيضاً؛ لأنّها منتفع به وطأً، وإجارةً، واستخداماً، وهذا دليل التقوم، وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبرة(٢).

ولأبي حنيفة: «إنّ التقوم بالإحراز، وهي محرزة(٣)؛ لأجل النسب لا للتقوم، والإحراز للتقوم تابع، ولهذا لا تسعى لغريم، ولا لوارث بخلاف المدبرة»(٤)، ثمّ إنّ قيمة المدبرة ثلثا قيمتها قنة، [وقيمة أُم الولد ثلث قيمتها قنة](٥) على ما قالوا: وهو المذكور في الهداية(٦)(٧)، وفي التاتارخانية: قيمة أُم الولد ثلثا قيمة القن، وقيمة المدبر نصف قيمته، فتأمل، وعليه الفتوى(٨).

(وَلَوْ شَقَّ الزِّقَّ(٩) لِإِرَاقَةِ الْخَمْرِ) الذي فيه للمُسْلم؛ (لَا يَضْمَنُهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ)؛ لأنَّ الإراقة ممكنة بدون الشق، فيضمن الزق؛ لأنّه متقوم، ولأبي يوسف: إنّه كان مأذوناً في الإراقة، وقد لا يتيسر ذلك إلا بالشق، فيكون مأذوناً فيه، وعليه الفتوى.

(وَلَا ضَمَانَ عَلَى مَنْ حَلَّ قَيْدَ عَبْدِ غَيْرِهِ) هذا إذا كان العبد عاقلاً، وأمّا إذا كان مجنوناً، فالحال أنّه ضامن (أو رِبَاطَ دَابَّتِهِ) الرباط: ما يربط

---

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٧/٤).
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) في (أ): (محروزة)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٤) الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٦/٢).
(٥) سقط من: (أ، ب).
(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٦/٢).
(٧) ينظر: خليج البحار: ص١٢٧.
(٨) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٦/٢).
(٩) الزق: بكسر الزاي، وعاء من جِلد توضع فيه السوائل. ينظر: المعجم الوسيط: (٣٩٦/١)؛ معجم لغة الفقهاء: (٢٣٣/١).

الدابة به[(١)].

(أو فَتَحَ إِصْطَبْلَهَا)[(٢)]؛ أي: الدابة.

(أو) فتح (قَفَصَ طَيْرٍ، فَذَهَبَ) الضمير فيه يعود إلى كل من المذكورين على سبيل البدل (خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ فِي الدَّابَّةِ، وَالطَّيْرِ)، والأصل في هذه المسائل: أنَّ الحكم يضاف إلى آخر العلل، وهو ههنا [ب/٣٧٩] الذهاب، وإنَّما حصل بفعل فاعل مختار طرأ على فعل الأول، فنقص حكمه بخلاف ما لو أمر العبد بالإباق، أو ساق الدّابة، ونفر الطير؛ فإنَّه يضمن، لكن محمداً يقول: إنَّ الدابة، والطير من شأنهما، وعادتهما الفرار من الإنسان، والذهاب إذا لم يكن لهما مانع، وهو قد زال المانع، فيضمن بخلاف العبد، فإنَّ الإباق فيه نادر، فهذا وجه الفرق [له، وفي العمادية: المودع إذا فتح باب القفص، أو حل قيد العبد، أو فتح باب الإصطبل حتى ذهب، فيضمن بالاتفاق؛ لأنَّه التزم الحفظ][(٣)(٤)].

(وَلَا عَلَى مَنْ سَعَى إلى السُّلْطَانِ بِمَنْ يُؤْذِيه، وَلَا يَنْدَفِعُ)؛ أي: والحال أن ذلك الشخص لا يندفع من الإذاءِ (إِلَّا بِالسَّعْيِ) قيد به؛ لأنَّ دفع الإذاء لو كان ممكناً بلا سعي إلى السلطان؛ يضمن (أو) سعى إليه (بِمَنْ يَفْسُقُ) عطف على (بمن يؤذيه)، (وَلَا يَمْتَنِعُ) عن الفسق[(٥)] (بِنَهْيِهِ)؛ أي: نهى الساعي [هذه مسألة السعاية][(٦)(٧)]، وهي تكون بوجوه: منها: ما

---

(١) ينظر: مقاييس اللغة: (٤٧٨/٢).

(٢) إصطبل: بكسر الهمزة: وهي همزة قطع أصلية وسائر حروفها أصلية: وهو بيت الخيل ونحوها، موقف الدابة. ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع: (ص: ٣٢٨)؛ لسان العرب: (١٨/١١).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٣٧/٥).

(٥) «فسق: الفاء والسين والقاف كلمة واحدة، وهي الفسق، وهو الخروج عن الطاعة». مقاييس اللغة: (٥٠٢/٤)

(٦) السعاية: السعي، والعمل، وهي ما كُلِّف العبدُ من العمل تتميماً لعتق نفسه. ينظر: التعريفات الفقهية: (ص: ١١٣)، ومعجم لغة الفقهاء: (ص: ٢٤٤).

(٧) سقط من: (ج).

ذكره المصنِّف وهو أنْ يكون الساعي محقاً بأنْ سعى بمن يؤذيه، ولا يمكنه دفعه إلا برفعه إلى السلطان، أو كان فاسقاً لا يمتنع عن الفسق بالأمر بالمعروف بالكلام، فيحتاج إلى منعه بفعل السلطان، وفي هذين لا يضمن الساعي بالاتفاق.

ومنها: قوله أيضاً: (وَلَا عَلَى مَنْ قَالَ لِسُلْطَانٍ قَدْ يَغْرَمُ، وَقَدْ لَا يَغْرَمُ)؛ يعني: والحال أنَّ ذلك السلطان لم يكن معروفاً بالظلم، والتغريم، وأن قد يغرم من يسعى به إليه، وقد لا يغرم مقول القول.

قوله: (إنَّ فُلاناً وَجَدَ مَالاً)، وكان القائل صادقاً فيما قال بأنْ وجد فلان كنزاً، أو نحوه من الركاز[1]، (فَغَرَّمَهُ) السلطان المذكور (شَيْئاً) من المال، وفي هذا الوجه لا شيء على الساعي اتفاقاً؛ لأنَّه حمل السلطان على صلاح حاله، فلا ضمان عليه بذلك[2].

(وَإِنْ كَانَ عَادَتُهُ)؛ أي: عادة ذلك السلطان (أَنْ يُغَرِّمَ أَلْبَتَّةَ؛ ضَمِنَ) الساعي اتفاقاً؛ لأنَّه مسبب.

ومنها قوله: (وَكَذَا)؛ أي: يضمن الساعي (لَوْ سَعَى بِغَيْرِ حَقٍّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ)؛ يعني: إذا وقع في قلب الساعي: أنَّ فلاناً يجيء امرأته، أو جاريته، أو ولده، فرفعه إلى السلطان، فغرمه السلطان، ثمّ ظهر كذبه، فعند الشيخين: لا يضمن الساعي؛ لأنَّه لم يأمر السلطان بتغريمه، وإنَّما أخبره بشيء ليس له مدخل في التغريم، وعند محمد: يضمن الساعي (زَجْراً لَهُ وَبِهِ)؛ أي: بقول محمد (يُفْتَى) في هذه المسألة؛ لغلبة السعاة [في][3] زماننا، فلو مات الساعي؛ أخذ المظلوم قَدْر الخسران من تركته، وهو الصحيح[4].

---

(١) الرِّكازُ: «قطع من ذهب وفضة تخرج من المعدن» العين: (٥/٣٢٠).

(٢) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٢٠).

(٣) سقط من: (أ).

(٤) ينظر: مجمع الضمانات: (ص: ١٥٥).

(وَلَوْ أَطْعَمَ الْغَاصِبُ الْمَغْصُوبَ) مما يؤكل (مَالِكَهُ) مفعول ثانٍ لقوله: أطعم (بَرِئَ) الغاصب من الضمان عندنا (وَإِنْ) ـ وصلية ـ (لَمْ يُعْلِمْهُ)؛ أي: الغاصبُ المالكَ أنَّه طعامه؛ لأنَّ عين ماله وصل إليه، فلا يضمنه ثانياً [والله أعلم][(١)][(٢)].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) سقط من: (أ)، (ب).

(٢) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٢٠).

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

هي في الأصل فعلة بمعنى المفعول، مشتقة من الشفع، وهو الضم(١) [كالأكلة من الأكل](٢)، سُميت بها؛ لأنَّ الشفيع(٣) يضم العقار المبيع(٤) إلى عقاره(٥).

[ومنه الشفع: الذي هو ضد الوتر، لما فيه من الضم(٦).

ومنه الشفاعة؛ لأنَّه يضم الجاني إلى غيره من الفائزين(٧).

ووجه شرعيتها كونها؛ سبباً لدفع الضرر عن الشريك، والجار، ولهذا إنّما وجبت في العقار خاصة(٨)، والقياس يأباها؛ لأنَّه أخذ منه مِلْك الغير بغير رضاه(٩)، والاستحسان: يقتضي جوازها لما ذكرنا في وجه [أ/٣٨٠]

---

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٨/٤).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) الشفيع: صاحب الشفاعة؛ أي: طالب الشفاعة لغيرها. ينظر: شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم: (٣٥٠٤/٦)؛ القاموس الفقهي: (ص: ١٩٩).
(٤) في (ج): البيع.
(٥) ينظر: دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون: (١٥٨/٢).
(٦) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: (١٢٣٨/٣).
(٧) ينظر: البناية شرح الهداية: (٢٧٤/١١).
(٨) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٤٢/٢)؛ المبسوط، للسرخسي: (٩٨/١٤).
(٩) القياس يأبى جوازها؛ لأنَّها تملك على المشتري مِلْكه الصحيح بغير رضاه، فإنه من=

شرعيتها][(١)(٢)].

وهي في الشرع: ما ذكره المصنِّف بقوله: (هِيَ تَمَلُّكُ الْعَقَارِ عَلَى مُشْتَرِيه) شراء صحيحاً (بِمَا قَامَ عَلَيْهِ)؛ أي: ببذل ما قام المبيع على المشتري، وهو الثمن (جَبْراً)؛ أي: بغير رضاه[(٣)].

والعَقار: وهو «بالفتح ما له أصل»[(٤)]، وقرار من دارٍ، أو ضَيْعَةٍ[(٥)]، أو حانوتٍ[(٦)]، أو بستانٍ، أو حَمَّام، أو رحى[(٧)]، أو أرضٍ خاليةٍ في مصر، أو سوادٍ في دارِ الإسلام، إذا كان ما ذكر مما يجوز بيعه وبيع بيعاً باتاً[(٨)].

وعند مالك: تجوز في السُّفن أيضاً، ولو جاز ذلك لجاز في كل منقول قياساً على السفن، وليس كذلك[(٩)].

= نوع الأكل بالباطل، وكذا ذهب بعض أصحابنا، ويقال: إن القياس يأبى جوازها، ولكن تركنا القياس بالآثار المشهورة، والأصح أنها أصل في الشرع، فلا يجوز لأنَّها خلاف عن القياس، بل هي ثابتة على موافقة القياس. ينظر: البناية شرح الهداية: (١١/٢٧٥).

(١) من قوله: (ومنه الشفع) إلى قوله: (في وجه شرعيتها) سقط من: (ج).

(٢) وكان أبو بكر الرازي ينكر هذا القول، ويقول: وجوب الشفعة مجمع عليه أصل من الأصول المقطوع بها لا يقال إنه استحسان. ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٢/٤٢).

(٣) ينظر: التعريفات الفقهية: (ص: ١٤٩).

(٤) ينظر: القاموس الفقهي: (١/٢٥٦).

(٥) «الضيعة: الأرض المغلة، والجمع: ضيع وضياع». تهذيب اللغة: (١/١٤٦).

(٦) حانوت: «مكان الشراء والبيع»: فقه اللغة وسر العربية: (ص: ٢٠٠).

(٧) رحى: أداة يُطحن بها، ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: (٢/٨٧٣)؛ لسان العرب: (١٤/٣١٢).

(٨) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٥٢).

(٩) نسب هذا القول للإمام مالك، وجاء في التوضيح ما نصه: «وحكى بعض الحنفية عن مالك وجوب الشفعة في السفن؛ لأنها تشبه الربع، قال ابن عبد السلام: وهو لا يصح» التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب: (٦/٥٧٤)، وشرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة: (٢/٢٣٦).

(وَتَجِبُ)؛ أي: تثبت الشفعة (بَعْدَ الْبَيْعِ) الصحيح[١] الخالي عن خيار البائع لم يقل: بالبيع؛ لأنَّه شرط، والسبب هو الاتصال، (وَتَسْتَقِرُّ بِالْإِشْهَادِ)[٢] أراد بالإشهاد: طلب المواثبة[٣]، وإنَّما قال: تستقر به؛ لأنَّ حق الشفعة قبل هذا متزلزل بحيث لو أخر تبطل، وإذا لم يؤخر استقر؛ أي: لا تبطل بعد ذلك بالتأخير[٤].

(وَتُمْلَكُ بِالْأَخْذِ بِقَضَاءٍ أو بِرِضًى) الضمير في (تملك) يعود إلى الشفعة، والمراد به: المشفوع؛ أي: يصير العقار مِلْكاً للشفيع بقضاء القاضي، أو بتراضي الشفيع، والمشتري، وإن لم يحكم القاضي بذلك كما في الرجوع في الهبة[٥]؛ لأنَّ المِلْك قد تمَّ للمشتري، فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بأحد الأمرين[٦].

(وَإِنَّمَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْخَلِيطِ فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ) والمراد من الخليط هو: الشريك، سُمّي بذلك لاختلاط نصيبه بنصيب شريكه[٧]، وقد يفرق

---

(١) «البيع الصحيح: هو البيع الجائز المشروعُ ذاتاً وصفاتاً». التعريفات الفقهية: (ص: ٤٨).

(٢) وهو إشهاد الشفيع على طلبه للشفعة عند العقار بأن يقول: يا قوم اشهدوا أني طلبت الشفعة في هذا العقار. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: (١١٣٨/٢).

(٣) طلب المواثبة: وهو طلب الشفيع الشفعة على فور علمه بالبيع من غير توقف سواء كان عنده إنسان أم لم يكن. ينظر: دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون: (٢٠٤/٢).

(٤) عند أبي حنيفة وقال محمد: إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت شفعته. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١٠/٤).

(٥) «الهبة في اللغة: التبرع، وفي الشرع: تمليك العين بلا عوض». التعريفات: (ص: ٢٥٦).

(٦) تظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين، وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة الأولى، وتبطل شفعته في الثانية، ولا يستحقها في الثالثة؛ لانعدام المِلْك له. ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٤٢/٥)، والعناية شرح الهداية: (٣٨١/٩).

(٧) ينظر: لسان العرب: (٢٩٣/٧).

بينهما بأنَّ الشريك يكون في أصل المبيع، والخليط يكون في حقوق المبيع، والجار يطلق على الشفيع، فهؤلاء الثلاثة يستحقون الشفعة في المبيع عندنا على هذا الترتيب؛ لقوله ﷺ: «الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِنَ الْخَلِيطِ، وَالْخَلِيط أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ»(١)، فالشريك تقدم ذكره، (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ) للبائع شريك، (أو) كان، ولكنّه (سَلَّمَ) الشفعة، أو لم يردها، وصرّح بذلك (فَلِلْخَلِيطِ فِي حَقِّ الْمَبِيعِ)؛ أي: يستحق الشفعة بعد الشريك(٢).

ثم فسر حق المبيع بقوله: (كَالشِّرْبِ) بالكسر: «وهو نصيب الماء»(٣).

وفي الشرع: «عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقياً للمزارع، أو الدواب»(٤).

(وَالطَّرِيقِ) كالسبيل يستوي فيه المذكر، والمؤنث (الْخاصين)، وفسر خصوصهما بقوله: (كَنَهْرٍ لَا تَجْرِي فِيهِ السُّفُنُ، وَطَرِيقٍ لَا يَنْفُذُ)، فإذا كان عقاران شربهما من نهر لا تجري فيه السفن، أو طريقهما واحد لا ينفذ، فبيع أحدهما، فلصاحب الآخر أنْ يأخذ المبيع بالشفعة الأقرب، فالأقرب عند التعدد، (ثُمَّ) إن لم يكن للبائع خليط في نفس المبيع، ولا في حقوقه المذكورة، أو كان، وسلم، أو لم يرد فالشفعة تثبت (لِلْجَارِ الْمُلَاصِقِ)، وهو الذي يكون أرضه متصلة بأرض المبيع، وبناؤه ملاصق لبنائه(٥).

---

(١) أورده الزيلعي في نصب الراية، وقال عنه: حديث غريب. كتاب الشفعة، (١٧٦/٤) رقم الحديث (٥)، ولكن أخرجه النسائي موقوفاً عن شريح في السنن الكبرى، بلفظ: (الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه). كتاب: البيوع، باب: ذكر الشفع وأحكامها، (٩٦/٦) رقم الحديث: (٦٢٦٧).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٨/٥)، والهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٨/٤).

(٣) ينظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: (ص: ١٠٦)، وكشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: (١٠١٣/١).

(٤) ينظر: دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون: (١٥٠/٢)، والقاموس الفقهي: (ص: ١٩٢).

(٥) ينظر: البناية شرح الهداية: (٢٧٥/١١)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٠٨/٢).

(وَلَو) كان (بَابَهُ فِي سِكَّةٍ أُخْرَى)، فالأول أقوى، وبالشفعة أولى؛ لاختلاط مِلْكه بالمِلْك المبيع في كل جزء، ثمّ الثّاني أحرى؛ لاختلاط في الحق اللازم، والترجيح يتحقق بقوة السبب، وعند عدم المذكورين يستحق الشفعة الجار؛ لما روينا من الحديث[١].

(وَمَنْ لَهُ جُذُوعٌ) كائنة (عَلَى حَائِطِهَا)؛ أي: حائط الدار المبيعة، (أو) له (شِرْكَةٌ فِي خَشَبَةٍ عَلَيْهِ)؛ أي: على حائط الدار، فهو (جَارٌ) لا شريك [ب/٣٨٠]؛ إذ الجار بهذا المقدار لا يكون خليطاً في حق المبيع، ولا يخرج عن كونه جاراً ملاصقاً، وفي الصورتين إنما يستحق الشفعة بطريق الجوار (وَإِنْ) كان له شركة (فِي نَفْسِ الْجِدَارِ فَشَرِيكٌ)؛ أي: إذا كان شريكاً في نفس الجدار الدار، فهو شريك، ويستحق الشفعة؛ لكونه خليطاً؛ لأنَّ شركته في نَفْس العقار بخلاف واضع الجذوع والشريك في الخشب الموضوع، فإنه جار ملاصق[٢].

(وَهِيَ)؛ أي: الشفعة إذا كانت بين خلطاء[٣]، أو جيران متعددين، فإنّها تكون بينهم على (عَدَدِ الرّؤُوسِ لَا) على مقدار (السِّهَامِ)[٤][٥]، وقال الشافعي: هي على مقادير الأصباء، فيأخذ كل منهم من المبيع على مقدار نصيبه قلةً، وكثرةً[٦]، وعندنا: يقتسمونها بالسّوية، له: إنّ الشفعة من لواحق المِلْك؛ لأنَّها لتكميل منفعته، فأشبهت الربح، والغلة، والولد،

---

(١) في (ج): لما ورد في الحديث آنفاً. والحديث هو: (الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِنَ الْخَلِيطِ، وَالْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٤١)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢/٢٠٨).

(٣) أي: الشركاء. ينظر: تهذيب اللغة: (٧/١٠٨).

(٤) السهام: هو نصيب من أنصباء، وحظ من حظوظ. ينظر: مقاييس اللغة: (٣/١١١).

(٥) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٤/٩٧)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٤١).

(٦) لأنَّه حق يستحق بسبب المِلْك، فيسقط عند الاشتراك على قَدْر الأملاك كأجرة الدكان وثمرة البستان، وإن عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقون جميعه. ينظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي: (٢/٢٢٠)، والمجموع شرح المهذب: (١٤/٣٢٦).

والثمرة بين الشركاء، ولنا: إنّ الشفعاء استووا في سبب الاستحقاق، وهو الاتصال، فيتساوون في الاستحقاق[(١)] ألا يرى أنَّه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة، وهذا آية كمال السبب، وأمَّا كثرة الاتصال، فإنَّما تؤذن بكثرة العلة، وهي لا توجب الترجيح [وإنَّما يوجب الترجيح قوة الدليل لا كثرته، ولو أسقط بعض الشفعاء حقه، فهي للباقين في الكل على عددهم؛ لأنَّ الانتقاص[(٢)] كان للمزاحم مع كمال السبب في حق كل واحد منهم، وقد زال، فيستحق باقيهم الجميع[(٣)]، فإذا كان العقار بين ثلاثة على أنْ يكون نصفه لواحد، وثلثه لآخر، وسدسه لآخر، فباع صاحب الثلث حصته، وطلب الآخر أنّ شفعته، يقتضي لها بينهما على التنصيف بقَدْر الرؤوس عندنا[(٤)]، وعلى التربيع بقَدْر المِلْك عند الشافعي[(٥)].

ولو كان بعض الشفعاء غيباً يقضى بها بين الحضور على عددهم؛ لأنَّ الغائب لعلة لا يطلب، أو لا يعود، فإن قُضِي لحاضر بالجميع، ثم حضر آخر يُقضى له بالنصف، ولو حضر ثالث يقضى له بثلث ما في يد كل من الأولين تحقيقاً للتسوية، ولو سلم الحاضر من الشفيعين بعد ما قضى له بالجميع، ثمّ جاء الغائب، فإنّه يُقضى له بالنصف فقط؛ لأنَّ قضاء القاضي للحاضر بالكل قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما لو[(٦)] سلم الحاضر بغير قضاء، فإنَّه حينئذ يُقضى للغائب بالكل إذا حضر لعدم المانع، والقاطع][(٧)(٨)].

---

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٠٩/٤)، والعناية شرح الهداية: (٣٧٨/٩).
(٢) في: (أ، ب): (الانتقاض)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٤١/٥)، والعناية شرح الهداية: (٣٧٨/٩).
(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٩٧/١٤)، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٥/٥).
(٥) ينظر: الأم، للشافعي: (٣/٤)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب: (٣٧٤/٢).
(٦) في (ج): (لم).
(٧) من قوله: (وإنما يوجب الترجيح) إلى قوله: (لعدم المانع والقاطع) سقط من: (ج).
(٨) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٦/٥)، والهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١٠/٤).

قوله: (فَإِذا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ) إلى آخره شروع[١] في بيان صفة الشفعة، وشرائط طلبها (يُشْهِدُ فِي مَجْلِسِ عِلْمِهِ) على الفور[٢] في رواية الأصل[٣][٤]، ويمتد إلى آخر المجلس في رواية هشام[٥]، وأيّاً ما كان، فيشهد من حضره (أَنَّهُ يَطْلُبُهَا، وَيُسَمَّى): هذا الطلب (طَلَبُ مُوَاثَبَةٍ) يقول: اشهدوا إنّي أطلب الدار الفلانية، أو العقار الفلاني الذي اشتراه فلان من فلان، أو باعه فلان[٦].

(ثُمَّ)؛ أي: بعد الإشهاد في مجلس العلم (يَشْهَدُ عِنْدَ الْعَقَارِ) المبيع؛ أي: يذهب حتى يقف قريباً منه، ويشهد ثانياً أنّه يطلبه؛ لأنّ الحق متعلق به، (أو عَلَى الْمُشْتَرِي، أو عَلَى الْبَائِعِ إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ)، فإنّه بعد تسليم المبيع إلى المشتري يصير[٧] أجنبياً، فلا يفيد الإشهاد عليه بخلاف [أ/٣٨١] المشتري، فإنّه بالعقد يصير مالكاً، وإن [لم][٨] يقبض المبيع، (فَيَقُولُ) في الصورة الأولى: (اشْتَرَى فُلان هَذِهِ الدَّارَ، وَقَدْ كُنْت طَلَبْت الشُّفْعَةَ، وَأَنَا أَطْلُبُهَا الآن، فَاشْهَدُوا عَلَى ذَلِكَ)، ويقول في الصورة الثانية: إنّ هذا اشترى داراً كذا، وقد كنت طلبت الشفعة إلى آخره، ويقول في الصورة الثالثة: إنّ هذا باع داره الفلانية إلى آخر ما ذكر، (وَيُسَمَّى) هذا الطلب (طَلَبَ تَقْرِير[٩] (و) طلب (إِشْهَادٍ)، وهذا الطلب واجب على الفور حتى لو تمكن منه، ولم يشهد بطلت

---

(١) في (ج): (فروع).
(٢) في (ب): (الفوز).
(٣) ينظر: خليج البحار: ص١٥٨.
(٤) ينظر: الأصل، للشيباني: (٩/٢٣٣).
(٥) ينظر: خليج البحار: ص١٢٤٣.
(٦) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (٨/١٤٦)، والمبسوط، للسرخسي: (١٤/١١٧).
(٧) في (ج): (يكون).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) وهو إشهاد الشفيع على طلبه للشفعة عند العقار بأن يقول: يا قوم اشهدوا أني طلبت الشفعة في هذا العقار، ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: (٢/١١٣٨).

شفعته[١]، ولو أنّه أخبر بكتاب، ولفظ البيع في أوله، أو في أوسطه، فلم يطلب حين سمعه، بل سكت إلى آخر الكتاب بطلت شفعته، أما لو طلب حين علم، أو سمع بالبيع، ثمّ أخر الإشهاد؛ لم تبطل شفعته؛ لأنَّ الإشهاد إنما هو لنفي التجاحد[٢]، لا لإثبات الشفعة[٣].

(ثُمَّ يَطْلُبُ) الشفعة بعد المواثبة، والتقرير (عِنْدَ قَاضٍ، فَيَقُولُ: اشْتَرَى فُلان دَارَ كَذَا، وَأَنَا شَفِيعُهَا بِسَبَبِ كَذَا، فَمُرْهُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيَّ)؛ يعني: احكم لي أيّها القاضي بالشفعة، ومُرْ المشتري بأنْ يسلم العقار المشفوع إلى هذا إذا قبض المشتري المبيع، قوله: (كذا) كناية[٤] عن كونه شريكاً، أو خليطاً، أو جاراً، (وَيُسَمَّى) هذا الطلب: (طَلَبَ خُصُومَةٍ، وَتَمْلِيكٍ)؛ لأنَّه يخاصم المشتري، ويطلب من القاضي[٥] أنْ يملكه ذلك المبيع بأن يحكم له، (وَلَا تَبْطُلُ الشُّفْعَةُ بِتَأْخِيرِهِ)؛ أي: لا يبطل حق الطلب للشفيع بتأخير طلب الخصومة عند أبي حنيفة [رَحِمَهُ اللَّهُ][٦]، وهو رواية أيضاً عن أبي يوسف (مُطْلَقاً)؛ يعني: سواء كان التأخير بعذر، أو بغير عذر زماننا قليلاً كان، أو كثيراً[٧].

---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء: (٥٣/٣)، والاختيار لتعليل المختار: (٤٥/٢).

(٢) التجاحد من جحد، وهو: الإنكار مع العِلْم. ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: (٤٥١/٢).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٤٣/٥)، والعناية شرح الهداية: (٣٨٢/٩).

(٤) الكناية: لغةً: من كني، والكناية: وكنى عن الأمر بغيره يكنى كناية؛ يعني: إذا تكلم بغيره مما يستدل عليه. ينظر: لسان العرب: (٢٣٣/١٥)، واصطلاحاً: هو ما يكون المراد به مستوراً إلى أن يتبين بالدليل. ينظر: أصول السرخسي: (١٨٧/١)، وأصول البزدوي: (ص: ١٠)، وكشف الأسرار: (١٠٣/١)، وأصول الشاشي: (٦٧).

(٥) في (ج): (الخاصم).

(٦) سقط من: (ب، ج).

(٧) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢١٠/٢)؛ الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٢٢).

وقوله: (فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ) احتراز عن الرواية الأخرى عن أبي يوسف، وعن قول محمد، فإنَّ ذلك خلاف الظاهر، وقوله: (وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى)؛ أي: على قول أبي حنيفة يُفتى؛ لأنَّه ظاهر المذهب[١].

(وَقِيلَ) قائله: صاحب[٢] الوقاية، والنقاية[٣] (يُفْتَى بِقَوْلِ مُحَمَّدٍ)[٤]، وهو (أَنَّهُ إذا أَخَّره شَهْراً بِلَا عُذْرٍ) يوجب التأخير؛ (بَطَلَتْ) شفعته، وهو قول زفر أيضاً، ووجهه: أنَّه لو لم تسقط الشفعة بتأخير الخصومة أبداً؛ يتضرر المشتري؛ لأنَّه يتعذر عليه التصرف مخافة أن ينقص[٥] لشفيع تصرفه، والضرر مدفوع، وإنما قدر بشهر؛ لأنَّه آجل، وما دونه عاجل، ووجه ظاهر المذهب: أنّ الحق متى ثبت واستقر لا تسقط، إلا بإسقاط صاحب الحق صريحاً[٦] كما في سائر الحقوق[٧].

(وَإذا ادَّعَى) الشفيع عند القاضي (الشِّرَاءَ، وَطَلَبَ الشُّفْعَةَ سَأَلَ الْقَاضِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)؛ يعني: المشتري بأن يقول له: ما تقول في

---

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١٢/٤).

(٢) ينظر: خليج البحار: ص٩٥٧.

(٣) النقاية مختصر الوقاية، للشيخ صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنفي، المتوفى(٧٤٥هـ)؛ حيث أجاد وبالغ في إيجازها، وشرحها كثير من العلماء منهم: الشيخ أحمد بن محمد الشمني، والشيخ عبد الواجد وأهداه إلى السلطان مراد الثاني. ينظر: كشف الظنون: (١٩٧٢/٢).

(٤) ينظر: النقاية مختصر الوقاية: (لوحة: ٨٠)، ووقاية الرواية في مسائل الهداية، جامعة عبد الملك سعود بالرقم (٦٤١٧).

(٥) في (ب، ج): (ينقض).

(٦) الصريح لغةً: الصّرح: القصر وكل بناء عال، والتصريح: خلاف التعريض، وتبيين الأمر كالصرح والأصراح. ينظر: القاموس المحيط: (ص: ٢٩٢)، واصطلاحاً: هو كل لفظ مكشوف المعنى، والمراد حقيقة كان أو مجازاً يقال: فلان صرح بكذا؛ أي: أظهر ما في قلبه لغيره من محبوب أو مكروه. ينظر: أصول السرخسي: (١٨٧/١)؛ كشف الأسرار: (١٠٢/١).

(٧) ينظر: العناية شرح الهداية: (٣٨٥/٩)؛ الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٢٢).

دعوى[١] هذا هل له مِلْك يطلب الشفعة بسبب؟ أو نحو هذا، (فَإِنْ أَقَرَّ) المدعى عليه، وهو المشتري (بِمِلْكِ) المدعي، وهو الشفيع (مَا يَشْفَعُ بِهِ) من شركة، أو خلطة، أو جوار، (أو نَكَلَ عَنِ الْحَلِفِ عَلَى الْعِلْمِ بِمِلْكِيَّتِهِ)؛ أي: بملك ما يشفع به؛ يعني: لو طلب الشفيع من القاضي أن يحلف المشتري بالله ما تعلم أنّ المدعي مالك لما ذكره مما يشفع به؛ لأنَّه تحليف على مِلْك الغير، فيكون على العلم، [وإنما][٢] يكلفه القاضي ذلك؛ لأنَّ المدعي ادعى معنى لو أقر به المدعى عليه للزمه، ولم يحتج إلى طلب البينة من المدعي، فلو كلفه اليمين، فنكل، (أو بَرْهَنَ الشَّفِيعُ) بإقامة بينة على أنّه يملك ما يشفع به ممّا ذكر؛ صحت الدعوى[٣].

(سَأَلَهُ)؛ أي: يسأل القاضي المدعى عليه (عَنِ الشِّرَاءِ) بأن يقول: هل اشتريت الدار التي يدّعي هذا شفعتها؟، (فَإِنْ أَقَرَّ بِهِ)؛ أي: بالشراء، أو أنكر، ولم يكن للشفيع بينة، فكلف المشتري اليمين، [ب/٣٨١] (أو نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ) بأنْ حلف (أَنَّهُ مَا ابْتَاعَ) الدار التي يدعيها الشفيع، أو نكل عن اليمين بأن الشفيع، (أو مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ هَذِهِ الشُّفْعَةُ، أو بَرْهَنَ الشَّفِيعُ) على ما ادعاه (قَضَى) القاضي (لَهُ)؛ أي: للشفيع (بِها)؛ أي: بالشفعة، [وإنما يحلف المشتري ههنا على البتات؛ لأنَّه استحلاف على نفسه، وهو الشراء، أو على ما في يده أصالة، وهي الدار، وفي مثل هذا يكون اليمين على البتات][٤][٥].

(وَلَا يُشْتَرَطُ إِحْضَارُ الثَّمَنِ) إلى مجلس القاضي ([وَقْتَ الدَّعْوَى][٦]

---

(١) في (ج): (دعى).

(٢) سقط من: (أ)، (ب).

(٣) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٧٩/١)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٢٣).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٤٤/٥)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢١٠/٢).

(٦) سقط من: (ج).

فَإذا قَضَى) القاضي (لَهُ)؛ أي: للشفيع بالشفعة؛ (لَزِمَ إحْضَارُهُ)؛ أي: إحضار الثمن؛ لأنّه توجه إليه حينئذ، وهذا ظاهر رواية الأصل، وعن محمد: أنَّه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن، وهو رواية الحسن أيضاً عن أبي حنيفة؛ لأنَّ الشفيع ربما يكون مفلساً، فيتوقف القضاء على إحضاره كيلا ينوي مال المشتري، ووجه الظاهر: أنّه لا ثمن عليه قبل القضاء، ولهذا لا يشترط تسليمه، فكذا لا يجب إحضاره[1].

(وَلِلْمُشْتَرِي حَبْسُ الدَّارِ) بعدما قضى بها للشفيع (لِقَبْضِهِ)؛ أي: لأجل قبض الثمن؛ لأنَّ المشتري بمنزلة البائع، والشفيع بمنزلة المشتري، فيحبسها حتى يقبض ثمنها[2].

(وَلَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ بِتَأْخِيرِ الثَّمَنِ بَعْدَمَا أَمَرَ بِأَدَائِهِ)؛ لأنَّها تأكدت بالخصومة عند القاضي، ووقع الحكم بها، فلا ينقض، (وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يُخَاصِمَ الْبَائِعَ إنْ كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ) بأن كان لم يقبضه المشتري بعد سواء سلم ثمنه أو لا؛ لأنَّ اليد له، وهي يد خصومة، فتوجه الخصومة معه[3] (و) لكن (لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي)؛ أي: لا يقبل (الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ)؛ أي: على البائع الذي هو في يده (حَتَّى يَحْضُرَ الْمُشْتَرِي، فَيَفْسَخُ) بالرفع إلى القاضي (الْبَيْعَ بِحَضْرَتِهِ)؛ أي: بحضرة المشتري، وهذا الفسخ ليس بفسخ لأصل العقد في الحقيقة، بل لإضافته إلى المشتري [وذلك أنّ قول البائع للمشتري: (بعت) إيجاب الجميع، وقوله: (منك) إضافة للمشتري، فإذا أخذ الشفيع بالشفعة كان أصل العقد باقياً، وتحولت إضافته من المشتري إلى الشفيع، وصار العقد كأنّه وقع ابتداء من الشفيع، فمعنى الفسخ المذكور: هو نقض[4] البيع في حق الإضافة إلى

---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء: (٣/٥٥)، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٥/٢٥).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٥/٢٥).

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٢/٤٦)؛ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٤٥).

(٤) النَّقْضُ في اللغة: ضد الإبرام، يقال: نقضه ينقضه نقضاً، وانتقض، وتناقض:=

المشتري لا أنْ ينقض أصل العقد][١][٢].

(وَيَقْضِي بِالشُّفْعَةِ عَلَى الْبَائِعِ، وَيَجْعَلُ الْعُهْدَةَ عَلَيْهِ)؛ أي: ضمان الثمن عند استحقاق الدار على البائع؛ وذلك لأنَّ المِلْك للمشتري حينئذ، واليد للبائع، والقاضي يقضي بذلك للشفيع، فلا بدَّ من حضورهما بخلاف ما إذا كان المشتري قبل قبض المبيع حيث لا يُعتبر حضور البائع؛ لأنَّه صار أجنبياً؛ إذ لم يبقَ له يد، ولا مِلْك[٣].

(وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ خَصْمٌ)؛ أي: إذا وكّل رَجل رَجلاً يشتري داراً، فاشترى [دارا][٤]، فالوكيل خصم (لِلشَّفِيعِ)؛ لأنَّه هو العاقد، وحقوق العقد ترجع إليه، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد، فيتوجه عليه (مَا لَمْ يُسَلِّمْ) المبيع (إلى الْمُوَكِّلِ)، فإذا سلم إليه يكون هو الخصم؛ إذ لم تبقَ له يد، ولا مِلْك، فيكون الخصم هو الموكل[٥]، (وَلِلشَّفِيعِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ) إن لم يكن رأى المبيع قبل ذلك، أو كان قد رآه لكن وجده قد تغير بعد ذلك، (و) يثبت له خيار (الْعَيْبِ) أيضاً، (وَإِنْ) ـ وصلية ـ (شَرَطَ الْمُشْتَرِي) في شراء (الْبَرَاءَةَ)؛ أي: كون البائع بريئاً (مِنْهُ)؛ أي: من كل واحد من خيار العيب، والرؤية، ورجوع المشتري إليه به بأن كان اشترى بشرط البراءة من كل عيب، أو من عيب كذا، ولم [٣٨٢/أ] يظهر غيره في المبيع، وذلك لأنَّ الأخذ بالشفعة شراء؛ لأنَّه مبادلة المال بالمال، فيثبت فيه الخياران،

= إذا أفسد ما أبرمه من عقد أو بِناء، ويقال: انتقض الجُرْحُ بعد البرء، وانتقض الأمر بعد التِئامه، والنَّقض: اسمُ البِناء المنقوض إذا هدم. ينظر: لسان العرب: (٧/٢٤٢)، وتاج العروس: (١٩/٨٨).

(١) من قوله: (وذلك أن قول) إلى قوله: (أصل العقد) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (١/٢٧٩)، والبناية شرح الهداية: (١١/٣١٥).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٤٦)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (١/٢٧٩).

(٤) سقط من: (أ).

(٥) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٤/١٠٢)، والعناية شرح الهداية: (٩/٣٨٩).

ولا يسقط خيار الشفيع بشرط البراءة من المشتري، ولا برؤيته؛ لأنَّه ليس بنائب عن الشفيع، فلا يملك إسقاط حقه[١].

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ
في بيان الاختلاف في الشفعة، وأحكامه

(وَإِن اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ، وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ)؛ أي: في ثمن العقار المبيع، فقال المشتري: [هو ألف مثلاً، وقال الشفيع: هو مئة درهم، فإن لم يبرهن واحد منهما؛ (فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي)][٢] فيما عيّنه؛ لأنَّ الشفيع يدعي استحقاق العقار عند نقد المئة، والمشتري ينكره، [فالقول][٣] للمنكر[٤] مع يمينه بحكم النص، (وَإِنْ بَرْهَنَا) بأن أقام كل منهما بينته على مدعاه؛ (فَلِلشَّفِيعِ)؛ [أي][٥]: يكون البينة للشفيع عند أبي حنيفة، ومحمد، (وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ): البينة (لِلْمُشْتَرِي)؛ لأنَّها أكثر إثباتاً، والأصل: أنّه إذا تعارضت البينتان؛ يرجح منهما ما هي أكثر إثباتاً، ولهما: إنّ الشفيع مدع، فكانت البينة[٦] أولى بالقَبُول من بينة المشتري[٧].

(وَإِن ادَّعَى الْمُشْتَرِي ثمناً)، وادعى ثمناً (أقل مِنْهُ)؛ أي: من ثمن المشتري؛ يعني: لو قال المشتري عند أخذ الشفيع العقار: اشتريته بألف، وخمسمئة مثلاً، وقال البائع: إنّما بعته بألف، فلا يخلو إمّا أنْ يكون ذلك

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٥/٢٤)، والعناية شرح الهداية: (٩/٣٨٨).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) سقط من: (أ)، (ب).
(٤) في (ج): (والقول قول المنكر)، وفي (ب): (والقول للمنكر).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) في (ج): (بينته).
(٧) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٤/٩٩)، والهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣١٤).

قبل نقد الثمن للبائع، أو بعده، فبين المصنِّف حكم الأول بقوله: (أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ) إن كان اختلاف القولين (قَبْلَ قَبْضِ) البائع (الثَّمَن)؛ لأنَّ هذا القول من البائع حط بعض الثمن عن المشتري، والحط عنه حط من الشفيع.

وبين حكم الثاني بقوله: (يأَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي) لو كان الاختلاف (بَعْدَهُ)؛ أي: بعد قبض البائع الثمن، أو بوصول الثمن إلى البائع قد انتهى حكم البيع في حقه، فصار أجنبياً، فلا يلتفت إلى قوله، فكان الاختلاف بين الشفيع، والمشتري حقيقة، وعند ذلك يكون القول للمشتري[(١)].

(وَإِنْ عُكِسَا)؛ [أي][(٢)]: بأن ادّعى البائع ثمناً أكثر المشتري أقل منه (بَعْدَ الْقَبْضِ)؛ أي: إنْ كان ذلك بعد ما قبض البائع الثمن من المشتري؛ (يُعْتَبَرُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي)؛ يعني: يأخذ الشفيع بما قال المشتري إن شاء، ولا يلتفت إلى قول البائع لما بيناه آنفاً (قَبْلَهُ يَتَحَالَفَانِ) كان ذلك قبل قبض البائع الثمن من المشتري، يأمر الحاكم البائع، والمشتري بأنْ يتحالفا، وإنْ (نَكَلَ اعْتُبِرَ قَوْلُ صَاحِبِهِ)؛ يعني: إنْ نكل البائع يظهر أنّ الثمن ما قاله المشتري، فيأخذ الشفيع به إن [شاء][(٣)]، (وَإِنْ حَلَفَا)؛ أي: البائع، والمشتري حلف كل منهما أنّ الثمن ما قاله؛ (فَسْخَ الْبَيْعَ)، بينهما، (وَيأخذهُ الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ)؛ أي: بعد فسخ البيع بين البائع والمشتري يأخذ الشفيع المبيع بما قاله البائع من الثمن؛ لأنَّ فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع؛ لأنَّ البائع كان قد رضي بأَخْذِ المشتري المبيع بما قاله من الثمن، فينتقل ذلك الحكم من المشتري إلى الشفيع[(٤)].

---

(١) ينظر: العناية شرح الهداية: (٣٩٢/٩)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٨١/١).

(٢) سقط من: (أ)، (ب).

(٣) سقط من: (ب).

(٤) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٢٢٩/٦).

(وَإِنْ حَطَّ) البائع (عَنِ الْمُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ) كان ذلك الحط معتبراً في حق الشفيع أيضاً، وحينئذ (يأخذ الشَّفِيعُ) المبيع (بِالْبَاقِي) بعد الحط، فلو كان باع بألف، ثمّ حط عن المشتري مئة يأخذ الشفيع بتسعمئة؛ لأنَّ الحط لما التحق بأجل العقد؛ صار الباقي هو الثمن، (وَإِنْ حَطَّ) عن المشتري (الْكُلَّ)؛ فحينئذ (يأخذ) الشفيع (بِالْكُلِّ) إن شاء؛ لأنَّ هذا الحط غير ملحق بأصل العقد؛ إذ لو لحق؛ لبقي المبيع بلا ثمن، وذلك باطل، (وَإِنْ حَطَّ) البائع عن المشتري [ب/٣٨٢] (النِّصْفَ) من الثمن، أو مقداراً منه، (ثُمَّ) حط (النِّصْفَ)، أو الباقي (يأخذ) الشفيع المبيع (بِالنِّصْفِ الْأَخِيرِ)، أو الباقي؛ لأنَّه لما حط النصف الأول، أو مقداراً منه التحق بأصل العقد، فوجب عليه نصف الثمن، أو الباقي، فلما حط النصف الأخير أو الباقي كان حطاً للجميع، فلا يسقط كما في مسألة حط الكل(١).

(وَإِنْ زَادَ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ) بعدما وقع الإيجاب، والقَبُول على مقدار؛ (لَا تَلْزَمُ الشَّفِيعَ) [تلك](٢) (الزِّيَادَةُ) بل إنَّما يلزمه المقدار الذي وقع عليه العقد؛ لأنَّ في اعتبار الزيادة إلحاق الضرر بالشفيع، [وقد استحق الأخذ بدونها، وكذلك لو جدد البيع بثمن أكثر](٣) من الثمن الأول(٤)؛ [لم يلزم الشفيع بل له أن يأخذ بالثمن الأول](٥)؛ لما ذكرنا من لزوم الضرر(٦).

(وَإذا كَانَ الثَّمَنُ مِثْلِيّاً) كالدّراهم، والدنانير، والمكيلات،

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٥/٢٧).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) في (ب): (بالثمن الأول).
(٥) سقط من: (ب، ج).
(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣١٥)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (١/٢٨١).

والموزونات، والعدديات المتقاربة؛ (لَزِمَ الشَّفِيعَ مِثْلُهُ) إذا أخذ المبيع بالشفعة؛ لقدرته على المثل[(١)].

(وَإِنْ) كان الثمن (قِيَمِيّاً) عرضاً، أو نحوه (فَقِيمَتُهُ)؛ أي: أخذ الشفيع المبيع بقيمة ذلك؛ لعجزه عن المثل الكامل، وإنْ كان[(٢)] المبيع عقاراً بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر؛ لأنَّه بدله، وهو من ذوات القيم، فيأخذه بقيمته[(٣)].

(وَإِنْ كَانَ) الثمن (مُؤَجَّلاً) بأجل معلوم، فالشفيع مخير إن شاء (أَخَذَ) المبيع (بِثَمَنٍ حَالٍّ) بَقَدْر ما للبائع على المشتري، فينقد الثمن للمشتري، ويأخذ المبيع منه، (أو يَطْلُبُ) الشفعة (فِي الْحَالِ) ـ بتخفيف اللام ـ بمعنى: الوقت؛ أي: لا ينقد المشتري الثمن حالاً، بل يصبر بعد الطلب إلى أن ينقضي الأجل، فينقد الثمن حينئذ، (وَيأخذ) المبيع (بَعْدَ مُضِيِّ الْأَجَلِ)، وليس له أن يأخذ المشفوع في الحال بثمن مؤجل عندنا[(٤)].

وقال زفر: له ذلك، وهو مذهب مالك[(٥)]، وأحمد[(٦)]، وبه قال الشافعي في القديم[(٧)]، لهم: إنّ الشفيع يستحق المشفوع بما كان على المشتري من الثمن أصلاً، ووصفاً، وكونه مؤجلاً وصف ثابت في الثمن، فيأخذه بوصف كما في الزيوف[(٨)].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٥/٢٦)، والعناية شرح الهداية: (٩/٣٩٤).
(٢) في (ج): (باع).
(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣١٥)، والعناية شرح الهداية: (٩/٣٩٤).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٤٩).
(٥) ينظر: عيون المسائل للقاضي عبد الوهاب المالكي: (ص: ٥٨٢).
(٦) ينظر: الهداية على مذهب الإمام أحمد: (ص: ٣٢١).
(٧) ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي: (ص: ١١٧).
(٨) الزيوف: الزيف: من وصف الدراهم، يقال: زافت عليه دراهمه؛ أي: صارت مردودة لغش فيها، ومنها: النقود الرديئة، يقال: درهم زيف، وهي المطلية بالزئبق المعقود بمزاوجة الكبريت، وتسك بقدر الدراهم الجيدة لتلتبس. ينظر: لسان العرب: (٩/١٤٢)، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: (٢/٢٢٠).

ولنا: إن الأجل إنّما يثبت بالشرط الجاري بين البائع والمشتري، ولا شرط بين الشفيع والبائع، ولا بينه وبين المشتري، وكون البائع راضياً بالتأجيل[١] على المشتري لا يستلزم كونه راضياً به على الشفيع؛ لتفاوت الناس في الملاءة[٢]، وقضاء الدَّين، وليس الأجل وصفاً للثمن كما قالوا، بل هو حق المشتري، ولو كان وصفاً للثمن؛ لكان حقاً للبائع كأصله[٣].

وقوله: (وَلَا يَتَعَجَّلُ [ما][٤] عَلَى الْمُشْتَرِي لَوْ أَخَذَ الشَّفِيعُ بِالْحَالِّ) كلام مجمل[٥]، وتفصيله: أنّ الشفيع في صورة كون الثمن مؤجلاً إمّا أن يأخذ المشفوع من البائع بالثمن الحال، أو من المشتري كذلك، فإن كان الأول، فإنّ الثمن يسقط عن المشتري؛ لأنَّ البائع قد أخذ حقه، فلم يبقَ له حق الطلب، وإنْ كان الثّاني، فالبائع لا يستحق ما في ذمة المشتري من الثمن إلا بعد مضي الأجل؛ لأنَّ الشرط الذي جرى بينهما؛ لم يبطل بأخذ الشفيع، فبقي موجبه على ما كان.

(وَلَوْ سَكَتَ) الشفيع (عَنِ الطَّلَبِ) الآن [وصبر][٦] (لِيَحِلَّ الْأَجَلُ) هذا نتيجة قوله: (أو يطلب في الحال)؛ (بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ) عند أبي حنيفة، ومحمد؛ لأنَّ حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنَّه لو أخذه بثمن حال كان له

---

(١) في (أ، ب): بالتعجيل، والصواب ما أثبتناه من: (ج). ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: (٢٤٩/٥).

(٢) المَلاءة: ـ بفتح الميم ـ، من ملئ يملئ، ملاءة جمع ملاء؛ أي: الغنى وكثرة المال. ينظر: معجم لغة الفقهاء: (ص: ٤٥٧).

(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١٥/٤)، والاختيار لتعليل المختار: (٤٩/٢).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) المجمل: لغةً: من جمل وجمال وإجمال، وجمل الشيء جمعه جملة: جماعة الشيء جمعه عن تفرقة، والجملة جماعة كل شيء بكماله، يقال: أجملت له الحساب والكلام. ينظر: لسان العرب (١٢٨/١١)، واصطلاحاً: هو ما ازدحمت فيه المعاني، واشتبه المراد اشتباهاً لا يدرك بنَفْس العبارة، بل الرجوع إلى الاستفسار، ثم الطلب، ثم التأمل. ينظر: كشف الأسرار: (٨٦/١)، وأصول الزحيلي: (٣٢٨/١).

(٦) سقط من: (ج).

ذلك، فيشترط الطلب [عند العِلْم بالبيع، والسكوت عن الطلب][(١)] بعد ثبوت حقه، [فلو لم يطلب][(٢)] يبطل شفعته (خِلَافاً لِأبي يُوسُفَ) في قوله الأخير[(٣)].

(وَلَو اشْتَرَى ذِمِّيٌّ) عقاراً (بِخَمْرٍ، أو خِنْزِيرٍ)، فلا يخلو إن كان له شفيع إمّا أن يكون ذمياً، أو مُسْلماً، فبيّن المصنِّف حكم الأول بقوله: (يأخذهُ الشَّفِيعُ الذِّمِّيُّ) المشفوع (بِمِثْلِ الْخَمْرِ، وَقِيمَةِ الْخِنْزِيرِ) الذي اشترى الذمي؛ لأنَّ البيع بالخمر والخنزير صحيح، فيما بينهم، والخمر مثلي، والخنزير قيمي، [أ/٣٨٣] فيأخذ مثل الثمن في المثلي، وبالقيمة في القيمي، والمستأمن[(٤)] كالذمي في جميع ذلك.

وبيّن الثّاني[(٥)] بقوله: (وَ) يأخذ (الْمُسْلِمُ بِالْقِيمَةِ فِيهِمَا) أمّا الخنزير؛ فلأنَّه من ذوي[(٦)] القيم وأما الخمر؛ فلأنَّ المسلم عاجز عن تسليمها، فالتحقت بذوات القيم[(٧)].

(وَلَوْ بَنَى الْمُشْتَرِي) على الأرض التي اشتراها بناء، (أو غَرَسَ) فيها شجراً (أَخَذَه الشَّفِيعُ)؛ أي: الأرض (بِالثَّمَنِ) الذي تعين في العقد (وَبِقِيمَتِهَا)؛ [أي][(٨)]: مع قيمة البناء، أو الغرس الذي أحدثه لكن [يُعتبر][(٩)] قيمتهما[(١٠)] (مَقْلُوعَيْنِ)؛ أي: مستحق القلع (كَمَا فِي الْغَصْبِ) إذا

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (أ)، (ب).
(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٠٣/١٤)، وتحفة الفقهاء: (٦١/٣).
(٤) «المُستأمِن: من الاستئمان: وهو طلب الأمان من العدو حربيّاً كان أو مسلماً». أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: (ص: ٦٦).
(٥) أي: الحكم الثاني.
(٦) في (ب، ج): (ذوات).
(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١٦/٤).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) سقط من: (ج).
(١٠) في (ج): قيمتها.

بنى الغاصب في الأرض المغصوبة، وغرس، فإنّ المغصوب منه يأخذ الأرض مع البناء، أو الغرس[(١)]، ويعطي الغاصب قيمتهما[(٢)] مقلوعين، (أو كُلِّفَ) الشفيع (الْمُشْتَرِي قَلْعَهُمَا)، وعن أبي يوسف: إنّه لا يُكلَّف القلع، بل يُخَيَّر الشفيع بين أنْ يأخذ بالثمن، وقيمة البناء، والغرس، وبين أنْ يترك المبيع للمشتري، وبه قال الشافعي[(٣)] إلا أنّ عنده له أن يقلع، ويعطى قيمة البناء، لأبي يوسف: إنّ المشتري محق في البناء والغرس؛ لأنَّه فعل ذلك بناءً على أنّ الأرض مِلْكه، والتكليف بالقلع من باب العدوان، [وطريق معرفة قيمتهما مقلوعين: أنْ يقوم الأرض بدون البناء، والغرس، ويقوم وفيها بناء وغرس بأُمور القلع، ففضل ما بين القيمتين هي قيمتهما مقلوعين، إلى هذا أشير في غصب الكافي[(٤)(٥)]، والهداية][(٦)(٧)].

(وَلَو اسْتُحِقَّتْ) الأرض المأخوذة بالشفعة (بَعْدَمَا بَنَى الشَّفِيعُ) فيها بناء، (أو غَرَسَ) شجراً؛ (رَجَعَ) على المشتري بالثمن فقط؛ أي: لا يرجع بقيمة البناء، والغرس؛ لأنَّه ظهر أنَّه كان أخذ الدار بغير حق، والثمن عوض عن المبيع، وحيث لم يسلم له، فله أنْ يرجع بدله[(٨)]، وعن أبي يوسف: إنّه يرجع[(٩)].

---

(١) في (أ، ب): (الغراس)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٢) في (أ، ب): (قيمتها)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٣) ينظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب: (٣٧٢/٢)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: (٢١١/٥).
(٤) ينظر: خليج البحار: ص٤٤٧.
(٥) ينظر: مخطوطة الكافي في الفروع (الجزء الأول)، (لوحة: ١٧٥)، المكتبة الأزهرية.
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١٦/٤).
(٨) في (ب، ج): (ببدله).
(٩) لأنَّ الرجوع إنما ثبت في المسألة الأولى، ولأنَّ البائع خدع المشتري، وضمن له التمكن من التصرف كيف شاء، ولم يضمن للشفيع ذلك أحد؛ لأنَّه أخذه بغير اختيار البائع ولا المشتري، فلم يكن مغروراً ولا يرجع، ولأنَّه لما استحق ثبت أنه أخذه بغير حق، أما الثمن فإنه عوض عن المبيع، فإذا لم يسلم المبيع يرجع بالثمن. ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٢٠/٧)، والاختيار لتعليل المختار: (٤٩/٢).

(وَإِنْ جَفَّ الشَّجَرُ، أو انْهَدَمَ الْبِنَاءُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي) بغير فعله (يأخذهُ الشَّفِيعُ بِكُلِّ الثَّمَنِ إن شاء) صورته: رَجل باع داراً فيها بناء، أو شجر، فانهدم البناء، أو جف الشجر عند المشتري، ثمّ أراد الشفيع أخذ الدار بالشفعة، فإنها يأخذها بكل الثمن، وليس له أنْ يسقط منه ثمن البناء المنهدم[١]، أو الشجر الجاف؛ لأنَّ البناء والغرس تابعان في البيع، والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن ما لم تَصِرْ مقصودة، فكان بقاؤها، وهلاكها سواء في حق وجوب جميع الثمن؛ لأنَّ الثمن إنّما يقابل الأصل لا التبع، فيخير الشفيع بين أخذ العرصة[٢] بكل الثمن، وبين الترك[٣].

(وَإِنْ هَدَمَ الْمُشْتَرِي الْبِنَاءَ أَخَذَ الشَّفِيعُ الْعَرْصَةَ بِحِصَّتِهَا)؛ أي: بحصة العرصة من الثمن إن شاء، وإنّما يأخذ بالحصة؛ لأنَّ المشتري قصد الإتلاف، فيسقط عن الشفيع حصته من الثمن هو (وَلَيْسَ لَهُ أَخْذُ النِّقْضِ) - بكسر النون - بمعنى: المنقوض من البناء[٤]؛ لأنَّه لمّا فصل عن موضعه من الأرض صار من قسم المنقول، ولا شفعة فيه[٥].

(وَإِنْ شَرَى الْمُشْتَرِي الأرض مَعَ شَجَرٍ مُثْمِرٍ) أتى بكلمة (مع) ليفيد أنّ العقد وقع على الثمر مع الأرض؛ لأنّه لا يدخل في المبيع بغير ذكره قياساً، (أَوْ) اشتراها مع شجر (غَيْرِ مُثْمِرٍ) حال الشراء، (فَأَثْمَرَ فِي يَدِهِ)؛ أي: في يد[٦] المشتري (أَخَذَهَا الشَّفِيعُ مَعَ الثَّمَرِ فِيهِمَا)؛ أي: يأخذ الشفيع الأرض المبيعة مع الثمر الذي كان موجوداً في شجرها، أو حدث في الشجر عند المشتري، وهذا استحسان، وفي القياس: ليس له أخذ الثمر؛ لأنَّه ليس بتبع

---

(١) في (ج): (المهدوم).

(٢) العرصة: «كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، والجمع العراص والعرصات». الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: (١٠٤٤/٣).

(٣) ينظر: تحفة الفقهاء: (٥٩/٣)، واللباب في شرح الكتاب: (١١٩/٢).

(٤) ينظر: العين: (٥٠/٥)؛ المحكم والمحيط الأعظم: (١٧٨/٦).

(٥) ينظر: العناية شرح الهداية: (٤٠٢/٩).

(٦) في (ج): (يدى).

ألا يرى أنّه لا يدخل في بيع الأرض من غير ذكره، فأشبه متاع[(١)] الموضوع في الدار المبيعة، وجه الاستحسان: أنّه صار تبعاً بواسطة اتصاله بالشجر الذي هو تبع للأرض، فأشبه البناء [ب/٣٨٣] في الدار، وما كان مركباً فيه يأخذه الشفيع، ولا مانع من أنْ تجب الشفعة فيما لا يدخل في البيع إلا بالشرط كالشرب، والطريق الخارجين عن المبيع هذا فيما كان من الثمر موجوداً حين البيع، وأمّا الحادث عند المشتري، فلأنَّه لما صار تابعاً للتابع الداخل في البيع يسري البيع إليه[(٢)].

(فَإِنْ جَذَّهُ) بالذال المعجمة؛ أي: قطع[(٣)] (الْمُشْتَرِي؛ فَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ)؛ أي: أخذ الثمر في الصورتين؛ لأنَّ تبعيّته للعقار المبيع قد زالت بجذ المشتري إيّاه، وحيث صار مفصولاً عن الأصل صار من المنقولات، ولا تجري فيها الشفعة، ثمّ إنّه في الصورة الأولى لما كان داخلاً في البيع صار مقابلاً بشيء من الثمن[(٤)].

وبيّن المصنِّف حكمه بقوله: (وَيأخذ مَا سِوَاهُ بِالْحِصَّةِ)؛ أي: يسقط من مجموع الثمن حصة الثمر، ويأخذ الشفيع الأرض، والشجر بالباقي من الثمن، ولما كان في الصورة الأخيرة معدوماً حين البيع لم يقابله شيء من الثمن، وبيّن حكمه فقال: (وَبِكُلِّ الثَّمَنِ فِي الثَّانِي)؛ أي: يأخذ الشفيع الأرض مع الشجر بكل الثمن إن شاء، أو تركه[(٥)(٦)].

❁ ❁ ❁

(١) في (ج): (المتاع).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٢٨/٥)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٥٦/٨).
(٣) ينظر: العين: (١١/٦)، وتهذيب اللغة: (٢٥٢/١٠)، ومقاييس اللغة: (٤٠٩/١).
(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١٧/٤)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢١٢/٢).
(٥) في (ج): (يترك).
(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١٧/٤)؛ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٥١/٥).

بَاب مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَة وَمَا لا تجب وَمَا يُبْطِلُهَا من الحيل[(١)] الشرعية وغيرها

و(إنّما تجب الشفعة قصداً في عقار مُلِّكَ) ـ على صيغة المجهول ـ صفة لقوله: (عقار بعوض هو مال).

قوله: (قصداً)، احترز به عمّا ملك بغير قصد، كالإرث، والصدقة، ونحو ذلك، وعلى هذا كان ينبغي تأخيره[(٢)] عن قوله: (ملك)، وحق العبارة هكذا: (إِنَّمَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ فِي عَقَارٍ مُلِّكَ قَصْداً) إلى آخره، وقيد العقار؛ للاحتراز عمّا ليس بعقار كالعروض، والسفن، ونحوهما؛ لقوله ﷺ: «لَا شُفْعَة إِلَّا فِي ربع [أَو حَائِط»[(٣)]، وقوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ عَقَارٍ، أَوْ رَبْعٍ»[(٤)]][(٥)].

والأول حجة على مالك في إيجاب الشفعة في السفن في قول له بسبب أداة الحصر.

---

(١) وهي الحذق في تدبير الأمور، وتقليب الفكر حتى يهتدي إلى المقصود، وأصلها الواو، واحتال: طلب الحيلة. ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم: (ص: ٣٥٠).

(٢) في (ب): (تأخير)، وفي (ج): (تأخره).

(٣) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، بلفظ: (الشفعة في كل شرك، في أرض، أو ربع، أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبى، فشريكه أحق به حتى يؤذنه). كتاب: المساقاة، باب: الشفعة، (١٢٢٩/٣) رقم الحديث (١٦٠٨).

(٤) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، بلفظ: (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع، ولم يؤذنه؛ فهو أحق به). كتاب: المساقاة، باب: الشفعة، (١٢٢٩/٣) رقم الحديث (١٣٤).

(٥) سقط من: (ج).

وقوله[(١)]: (بِعِوَضٍ) للاحتراز عمّا إذا ملك بالهبة بلا عوض، فإنّ الشفعة لا تجب فيها.

وقوله: (هُوَ مَالٌ) للاحتراز عمّا إذا ملك بعوض غير مال كالمهر، والخلع، وبدل الصلح عن دم العمد، والعتق، ونحو ذلك، فإنّ الشفعة لا تجب في هذه الأشياء[(٢)].

(وإنْ) ـ وصلية ـ (لَمْ يَكُنْ قِسْمَتُهُ كَرَحًى، وَحَمَّامٍ، وَبِئْرٍ).

وقال الشافعي: لا شفعة فيما لا يقسم؛ لأنَّ الأصل عنده: أنّ الشفعة إنّما تجب لدفع ضرر القسمة، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم[(٣)].

ولنا: ما بين[(٤)] من الحديثين آنفاً[(٥)]؛ ولأنَّ الشفعة سببها الاتصال في المِلْك، والحكمة فيها: دفع ضرر سوء الجوار، وهو يوجد في المنقسم [وغير المنقسم][(٦)]، ثمّ شرع في تفصيل ما لا تجري فيه الشفعة[(٧)].

فقال: (فَلَا تَجِبُ فِي عَرَضٍ) بالتحريك، وهو يطلق على ماعدا النقود من المنقولات المالية[(٨)].

(وَفُلْكٍ) ـ بضم أوله، وسكون ثانيه؛ بمعنى: السفينة، [وهذا اللفظ مشترك بين المفرد، والجمع ويختلف التقدير][(٩)(١٠)].

---

(١) في (ج): (وفعله).
(٢) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٧/٢٥١).
(٣) ينظر: الأم، للشافعي: (٧/١١٦).
(٤) في (ج): (ما مر).
(٥) الحديث الأول: (لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي ربع أو حَائِط).
والحديث الثاني: (الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ عَقَارٍ، أَوْ رَبْعٍ).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣١٨).
(٨) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: (٢/١٤٨٣).
(٩) سقط من: (ج).
(١٠) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (٧/٤٠)، والمخصص: (٣/١٨).

(و)لا تجب الشفعة أيضاً في (بِنَاءٍ وَشَجَرٍ بِيعَا) ماض مجهول صفة لما قبله (بِدُونِ الأرض) هذا إذا بيع للقلع؛ لأنَّه إذا بيع للقرار يلتحق[(١)] بالعقار.

(وَلَا فِي إِرْثٍ)؛ أي: موروث[(٢)].

(وَصَدَقَةٍ وَهِبَةٍ بِلَا عِوَضٍ مَشْرُوطٍ)؛ أي: في الهبة، فإنّ الهبة إذا كانت بشرط العوض، فهي بيع انتهاء، وتجري فيها الشفعة أمّا إذا كان العوض بغير شرط، أو كان أحدهما سابقاً، فحينئذ كل منهما هبة على حدة، وفي العوض المشروط لا بدَّ من التقابض، وعدم الشيوع في أحدهما، فلا شفعة بدون ذلك، وأمّا الإرث، والوصية، والصدقة، والهبة بدون العوض[أ/٣٨٤] المشروط؛ فلأنَّ المِلْك في الكل يحصل بغير بدل، وعوض، فلا تجري فيه الشفعة؛ لكونه تبرعاً، ولا شفعة في التبرعات[(٣)].

قوله: (وَمَا بِيعَ بِخِيَارِ الْبَائِعِ، أو بَيْعاً فَاسِداً) معطوف على ما تقدم، والتقدير: كل عقار بيع بأحد هذين الوجهين؛ فلا شفعة فيهما (مَا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الْفَسْخِ) فيهما أمّا الأول؛ فلأنَّ خيار البائع يمنع خروج المبيع عن مِلْكه، ولا[(٤)] شفعة بدونه، حتى لو أنّه أسقط خياره تجب الشفعة؛ لزوال المانع عن الانتقال، ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح؛ لأنَّ البيع يصير سبباً لزوال المِلْك عند ذلك، وتقييد الخيار بالبائع يدل على أنَّ ما عداه من الخيارات غير مانع من الشفعة؛ لأنَّه لا يمنع خروج المبيع عن مِلْك البائع بالاتفاق، والشفعة تُبتنى عليه.

وأمّا الثاني؛ أعني: ما بيع بيعاً فاسداً[(٥)]، فلا شفعة فيه، أمّا قبل

---

(١) في (ج): (يلحق).

(٢) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: (٥٠٧/١).

(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١٩/٤)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (٢٥٣/٥).

(٤) في (ج): (فلا).

(٥) «البيع الفاسد: هو الصحيح بأصله لا بوصفه كبيع مال غير متقوم بالعرض». التعريفات الفقهية: (ص: ٤٨).

القبض؛ فلعدم زوال مِلْك[١] البائع، وأمّا بعد القبض؛ فلاحتمال الفسخ؛ لأنَّه ثابت حقاً للشرع، والقبض لا يستلزم السقوط، بل هو باقٍ ببقاء العقد والعاقدين، فإنْ سقط حق الفسخ؛ وجبت الشفعة؛ لزوال المانع[٢].

(ولا) شفعة (فيما قسم بين الشركاء)؛ يعني: إذا كان العقار مشتركاً بين جماعة بإرثٍ، أو شراءٍ، أو نحوه، فاقتسموه، فلا شفعة لجارهم بالقسمة؛ لأنَّ فيها معنى الإفراز، (أو جُعِلَ أُجْرَةً، أو جُعِلَ بَدَلَ خُلْعٍ)، أو بدل كتابة، (أو عِتْقٍ، أَوْ) بدل (صُلْحٍ عَنْ دَمِ عَمْدٍ، أو جُعِلَ مَهْراً)؛ لأنَّها ليست بأموال، ولا مثل لها، حتى يأخذه الشفيع به، فلا يمكن مراعاة الشرط[٣].

وعند الشافعي: تجب فيها الشفعة؛ لأنَّ هذه الأعواض متقومة عنده، فيؤخذ بقيمتها عند تعذر[٤] الأخذ بمثلها[٥].

ولنا: إنّ تقوم المنافع ضروري، فلا تظهر في حق الشفعة، وكذا الدم، والعتق (وإنْ) ـ وصلية ـ (قُوبِلَ بِبَعْضِهِ مَالٌ) كما إذا زوجها على دار على أنْ ترد عليه ألفاً[٦].

(وَعِنْدَهُمَا: تَجِبُ) الشفعة (فِي حِصَّةِ الْمَالِ)؛ إذ[٧] فيه مبادلة مالية، وله: إنّ معنى البيع بائع فيه، ولهما[٨]: ينعقد بلفظ النكاح، ولا يفسد بشرط النكاح، ولا شفعة في الأصل، فكذا[٩] في البيع[١٠][١١].

---

(١) في (أ، ب): (الملك)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢٠/٤).
(٣) ينظر: تحفة الفقهاء: (٥٠/٣).
(٤) في (أ): (بعذر)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٥) ينظر: المجموع شرح المهذب: (٣٤٠/١٤).
(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١٨/٤)؛ العناية شرح الهداية: (٤٠٦/٩).
(٧) في (ج): (إذا).
(٨) في (ب): (لها)، وفي ج: (ولهذا).
(٩) في (ج): (وكذا).
(١٠) في (ج): (التبع).
(١١) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٢٥٢/٧).

(ولا) تجب الشفعة أيضاً (فِيمَا صُولِحَ عَنْهُ بإنكَارٍ، أو سُكُوتٍ)؛ يعني: من ادّعى دار رَجل، وأنكر صاحبها، أو سكت، ثمّ صالح عن تلك الدار على مال لا شفعة فيها، أمّا في صورة الإنكار، فلأن زعمه [أنّ][(١)] الدار لم تزل عن مِلْكه، وأمّا في السكوت، فلزعمه أنّ ما أعطاه افتداء ليمينه، فلم تثبت المبادلة المالية، وأمّا إذا صالح[(٢)] عنها بالأفراد[(٣)]، فإنّه حينئذ يكون معترفاً بالمِلْك للمدعي، وإنّما استفادها بما بذل من بدل الصلح، وذلك مبادلة مالية موجبة للشفعة[(٤)].

(وَتَجِبُ) الشفعة (فِيمَا صُولِحَ عَلَيْهِ بِأحدهما)؛ أي: بإنكار، أو سكوت؛ لأنَّه أخذها عوضاً عن حقه، صورته: رَجل ادّعى حقاً مالياً على مالك الدار، فأنكر المدعى عليه، أو سكت، وصالح المدعي على الدار؛ أي: جعلها بدل الصلح، فإنّ الدار انتقلت من المدعى عليه [الجاحد][(٥)] إلى المدعي، فوجبت فيها الشفعة، وكذا لو كان هذا الصلح بالإقرار لكن المصنِّف تركه في الصورتين إحالة على أنّه ينفهم من التصريح بالإنكار، والسكوت فيهما، وفيه: أنّ ذلك عمل بمفهوم المخالفة[(٦)]، وهو خلاف المذهب[(٧)].

(وَلَا) تجب الشفعة (فِيمَا سُلِّمَتْ شُفْعَتُهُ، ثُمَّ رُدَّ بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ، أَوْ)

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) في (أ، ب): (صولح)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٣) في (أ): (بالقرار)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١١/٥)، والهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١٩/٤).

(٥) سقط من: (أ)، (ب).

(٦) في (أ): (المحالفة)، والصواب ما أثبتناه من: (ب)، (ج). ومفهوم المخالفة: هو ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفاً لمدلوله في محل النطق، ويُسمى دليل الخطاب أيضاً. ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي: (٦٩/٣).

(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١٩/٤)؛ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٢٥٣/٧).

بخيار (شَرْطٍ) مطلق (أو) رد (بِخِيَارِ عَيْبٍ بِقَضَاءٍ) متعلق به، وصورته: رَجل اشترى داراً، فأسقط الشفيع حقه فيها، ثمّ رد المشتري على البائع بخيار رؤية، أو بخيار الشرط سواء كان الرد بقضاء، أو بغير قضاء، أو ردها بخيار العيب بقضاء القاضي، [ب/٣٨٤] فلا شفعة للشفيع؛ لأنَّ ذلك فسخ[1] للعقد من أصله، فيعود المِلْك إلى مالكه القديم، والشفعة إنّما تجري في العقد الجديد، وفي هذا لا فرق بين أنْ يكون ذلك الرد بعد القبض، أو قبله؛ لأنَّ القبض، وإنْ كان يفيد تمام العقد لكنّه بالرد يبطل حكمه، وما رد به؛ أي: بالعيب لكن رد بلا قضاء، (أو) رد (بِالْإِقَالَةِ)[2] بأنْ تقايلا[3] البيع (تجب) الشفعة (فيه) هذا الضمير المجرور يعود إلى ما يعني أنّ الشفعة تجب في هذين؛ لأنَّ المتعاقدين لهما ولاية على أنفسهم، وفي الموضعين قد قصد الفسخ، والفسخ بيع جديد في حق الثالث، وهو الشفيع، وإنّما قلنا: إنّه بيع جديد لوجود حد البيع فيه معنًى؛ أعني: مبادلة المال بالمال بالتراضي، [واعلم أنّ ما ردَّ بالعيب بلا قضاء إنّما تجب فيه الشفعة إذا كان رده بعد القبض كما صرح به صاحب الهداية[4]، وعلله بأنّه قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بقضاء، أو بغير قضاء، ففي عبارة المصنِّف نقض، أو قصور، اللهم إلا أنْ يجعل الرد على إعادة المبيع إلى البائع بعد قبضه][5][6].

(وَتَجِبُ) الشفعة (فِي الْعُلْوِ وَحْدَهُ، وَ) تجب (فِي السُّفْلِ بِسَبَبِهِ)؛ أي: العلو[7].

---

(١) في (ج): (فخ)، وفي (ب): (فسخ).
(٢) الإقالة: لغةً: هو رفع وإسقاط.
واصطلاحاً: عبارة عن رفع العقد. ينظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: (ص: ٧٦).
(٣) في (ب، ج): (تقابلا).
(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢٠/٤).
(٥) من قوله: (واعلم أن ما رد) إلى قوله: (بعد قبضه) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٢٥/١٤)، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٦/٥).
(٧) لأنّه بما له من حق القرار التحق بالعقار. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي:=

(و) تجب (فِيمَا بِيعَ بِخِيَارِ الْمُشْتَرِي)؛ لأنَّ ذلك لا يمنع خروجه عن مِلْك البائع، وهو مدار الوجوب، ولا فرق بين أنْ يأخذ الشفيع المبيع في مدة الخيار، أو بعدها بعد إنْ وجبت، وتقررت(١).

قوله: (وَإِنْ بِيعَتْ) [دار](٢) (بِجَنْبِ الْمَبِيعَةِ بِالْخِيَارِ؛ [فَالشُّفْعَةُ لِمَنْ لَهُ الْخِيَارُ بَائِعاً، أو مُشْتَرِياً) فرع من الشفعة، وهو تفريع على ما بيع بالخيار](٣)؛ يعني: رَجل باع داراً، أو اشتراها بالخيار، ثمّ قبل أنْ يتقرر المِلْك فيها بيعت دار أخرى بجنب الأولى، فالشفعة في الثانية لمن شرط له الخيار سواء كان بائعاً، أو مشترياً أمّا البائع؛ فلأنَّ مِلْكه باقٍ بعد في الدار التي يشفع بها، وأمّا إذا كان الخيار للمشتري، فعلى قولهما: إنّ المبيع يدخل في مِلْكه الأمر ظاهر(٤)، وعلى قول أبي حنيفة: إنّه لا يدخل في مِلْكه، لكن لما كان الخيار له، وكان بذلك مالكاً للقَبُول، والرد، فبالنظر إلى الأول يتأتى له حكم الشفعة، ولهذا قال المصنِّف: (وَتَكُونُ إجَازَةً مِنَ الْمُشْتَرِي)؛ يعني: لو كان الخيار في الدار الأولى للمشتري، ثمّ إنّه طلب الشفعة في المبيعة إلى جنبها يكون طلبه ذلك قَبُولاً للبيع في الأولى، يثبت(٥) المِلْك له من وقت العقد، وهو سابق على بيع الثانية(٦).

= (٣١٨/٤)، والعناية شرح الهداية: (٤٠٤/٩)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٧٧/١).

(١) ينظر: عيون المسائل، للسمرقندي الحنفي: (ص: ٢٦٧)، والاختيار لتعليل المختار: (٤٣/٢).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) سقط من: (ب).

(٤) عند أبي يوسف ومحمد. ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (٢٥٤/٥).

(٥) في (أ): (فثبت)، والصواب ما أثبتناه: من: (ب، ج).

(٦) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٥٤/٥)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٥٨/٨).

قوله: (وَلِشَفِيعِ الأولى أَخْذُهَا مِنْهُ لَا أَخْذُ الثَّانِيَةِ) شامل للوجهين المذكورين؛ يعني: لو كان للدار الأولى المبيعة بالخيار شفيع، فحضر بعد أخذ من له الخيار الدار الثانية به، فليس له إلا أخذ الأولى دون الثانية؛ لأنَّ مِلْكه في الأولى إنّما حدث بعد أنْ ملك الشفيع الأول الثانية، وحيث كان مِلْكه معدوماً لا تجب له شفعة فيما ملك[1]، (وَإِنْ بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِ) الدار المبيعة (بَيْعاً فَاسِداً، فَشَفِيعُهَا الْبَائِعُ إِنْ بِيعَتْ) الثانية (قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي) الأولى؛ لأنَّ المبيع بالبيع الفاسد باقٍ على مِلْك البائع ما دام في يده، فهو الشفيع للثانية بمِلْكه، (فَإِذا قَبَضَ) المشتري (بَعْدَ الْحُكْمِ لَهُ)؛ أي: للبائع (بِهَا لَا تَبْطُلُ) الشفعة للمشتري، فيه تفكيك الضمير، لكن المصنِّف اعتمد على ظهور المعنى من السباق[2]، والمعنى: أن البائع بالبيع الفاسد في هذه المسألة إذا حكم له بالشفعة، وقبض الثانية لا تبطل[3] ذلك الحكم بقبض المشتري الأولى، لأنَّ حق الفسخ فيها قائم للبائع[4] لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة [أ/٣٨٥] للمشتري تقرير للفساد، فلا يجوز[5][6].

(وَإِنْ بِيعَتْ) الثانية (بَعْدَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي) الأولى[7] المبيعة بالبيع الفاسد؛ (فَالشُّفْعَةُ) حينئذ (لِلْمُشْتَرِي)؛ لأنَّ المِلْك في الأولى صار له، فيستحق الشفعة في الثانية به؛ (فَإِن اسْتَرَدَّ)؛ [أي: للمشتري][8] (الْبَائِعُ مِنْهُ)؛ أي: من المشتري الدار الأولى (الْمَبِيعَةَ) بالبيع الفاسد (قَبْلَ الْحُكْمِ

---

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢٠/٤)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٢٣٧/٦).
(٢) في (أ): (الباق).
(٣) في (ب، ج): (لا يبطل).
(٤) في (ب): (للمبايع).
(٥) في (ب، ج): (فلا تجوز).
(٦) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٤٣/١٤)؛ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٢٥٥/٧).
(٧) في (ج): (الأول).
(٨) سقط من: (أ)، (ب).

لَهُ بِالشُّفْعَةِ) في الدار الثانية (بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ) فيها بعد أنْ[١] تقررت له بقبض الأولى؛ لانقطاع مِلْكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة، (وإن استردها منه (بَعْدَ الْحُكْمِ) له بالشفعة، والثانية[٢]؛ (بَقِيَتْ الثَّانِيَةُ عَلَى مِلْكِهِ) صيانة للحكم عن النقض[٣].

(وَالْمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ)، فيأخذ الذمي العقار المبيع من المُسْلم بالشفعة كما أنّ المُسْلم يأخذ منه؛ لما روي (أنّ شريحاً[٤] حكم على مسلم لذمي بالشفعة)[٥]، فكتب في ذلك إلى عمر ﷺ[٦]، فأجازه[٧].

(وَكَذَا الْحُرُّ، وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ، وَالْمُكَاتَبُ)؛ لأنّ المحجور لا يملك شيئاً أصالة، فأولى أنْ لا يملك بالشفعة، (ولو فِي مَبِيعِ السَّيِّدِ كَالْعَكْسِ) فإنْ قيل[٨]: إنّ العبد المأذون، أو المكاتب ما في يده ملك لمولاه، فإذا باع مولاه عقاراً، أو باع [هو][٩] داراً مثلاً، فأيّهما أخذ

---

(١) في (ج): (ما).

(٢) في (ب، ج): (في الثانية).

(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٢٠)؛ العناية شرح الهداية: (٩/٤١٠).

(٤) القاضي، أبو أميّة، شُرَيْحُ بن الحارث بن قيس بن الجَهْم الكنديّ الكوفي التابعي، أدرك النبي (ﷺ) ولم يَلْقَهُ، روى عن: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن مسعود، وزيد بن ثابت (ﷺ)، وروى عنه: ابن سيرين، وإبراهيم النخعي، والشعبي، وآخرون، استقضاه عمر بن الخطاب (ﷺ) على الكوفة، وأقرّوه بَعْدَه، فبقي على قضائها ستين سنة، وقضى بالبصرة سنة، ثم استُعفي أيام حجاج، وكان مَرضي القضاء دقيقاً، حتى قال له علي بن أبي طالب (ﷺ): أنت أقضى العرب، توفي سنة ٧٨هـ، وهو ابن مئة وعشرين سنة. ينظر: تهذيب الأسماء واللغات: (١/٥٦٩ ـ ٥٧١)؛ فقه أهل العرَاق وحَديثهم: (١٠٢).

(٥) ينظر: الأصل: ٢٩٤/٩، وبدائع الصنائع: ١٦/٥.

(٦) في (أ، ب): (رضه)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٧) وذلك لعمومات، ولأنّهما يستويان في السبب والحكمة، فيستويان في الاستحقاق. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣١٨)؛ اللباب في شرح الكتاب: (٢/١١٠).

(٨) في (أ): (قبل)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٩) سقط من: (ج).

بالشفعة يكون تحصيل الحاصل قلنا: إنّ المراد من الأول هو المديون المستغرق، ومن الثاني من يملك زيادة على بدل الكتابة، فإنّهما بمثابة الحر المستقل(١).

❋ ❋ ❋

فَصْلٌ

فيما تبطل به الشفعة، وما لا تبطل به من قول، أو عمل قصداً، أو غيره

(وَتَبْطُلُ الشُّفْعَةُ) بعد وجوبها (بِتَسْلِيمِ الْكُلِّ، أو الْبَعْضِ)، والمراد من التسليم ههنا: فراغ الشفيع عن الطلَب، وتركه، (ولو) كان ذلك التسليم؛ أي: الفراغ (مِنَ الْوَكِيلِ)؛ أي: من وكيل الشفيع، وسواء كان ذلك في كل المبيع، أو في بعضه أمّا إذا سلم الكل، فظاهر، وأمّا إذا سلم البعض، فيكون البعض الآخر مسكوتاً عنه، والسكوت في باب الشفعة تسليم، والتسليم في البعض تسليم في الكل لعدم التجزّؤ(٢).

(وَبِتَرْكِ طَلَبِ الْمُوَاثَبَةِ)؛ أي: طلب [الشفعة](٣) حال العِلْم ببيع العقار على الفور في رواية الأصل، وعلى المجلس في رواية محمد، (أَوْ) طلب (التَّقْرِيرِ)؛ أي: الإشهاد على البائع، أو المشتري، أو على(٤)

(١) ينظر: العناية شرح الهداية: (٤٠٤/٩)؛ البناية شرح الهداية: (٣٥٣/١١).

(٢) لأنّ تسليم الكل صريح في الإسقاط؛ وأما البعض فلأنَّ حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً؛ لأنَّه يملكه كما ملكه المشتري، والمشتري لا يملك البعض؛ لأنَّه تفريق الصفقة، فلا يتجزأ إسقاطاً، فيكون ذكر بعضه كذكر كله. ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١١١/١٤)؛ الاختيار لتعليل المختار: (٤٧/٢).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) في (ج): (عند).

العقار، وأمّا طلب الخصومة، فلا تبطل الشفعة بتأخيره، وإنّما تبطل الشفعة بترك الطلب في الوجهين المذكورين؛ لأنَّ ذلك دليل الإعراض، والإعراض إنّما يتحقق حالة الاختيار، وهي عند القدرة، والشفيع حين علم بالبيع كان قادراً على الطلب؛ لأنّه باللفظ، ولا مانع له عنه، فلما تركه علم أنّه لم يرد الشفعة، وكذا إذا طلب في المجلس، ولم يشهد على [أحد][1] المتبايعين، أو على العقار[2].

قوله: (بِالصُّلْحِ عَنِ الشُّفْعَةِ عَلَى عِوَضٍ) معطوف على ما قبله؛ أي: وتبطل[3] الشفعة بصلح الشفيع مع أحد المتعاقدين بعوض، أو بغيره؛ لأنَّ ذلك تسليم من الشفيع، فتبطل[4] شفعته، (وَعَلَيْهِ رَدُّهُ)؛ أي: يلزم الشفيع رد العوض على من أخذه منه؛ لأنَّ حق الشفعة ليس من الحقوق التي تقرر، بل هو مجرد حق التملك، فلا يصح الاعتياض عنه؛ لأنَّ الشفيع ليس له حق في الدار ليكون العوض بدلاً عنه، بل إنّما جعل شرطاً للإسقاط، وهو لا يتعلق بالجائز من الشرط، فبالفاسد أولى، فيبطل الشرط، ويصح الإسقاط[5].

(وَكَذَا لَوْ بَاعَ) الشفيع (شُفْعَتَهُ بِمَالٍ)؛ لأنَّ البيع تمليك مال بمال، وحق الشفعة لا يحتمل التمليك، فصار [ب/٣٨٥] كلامه عبارة عن الإسقاط مجازاً[6].

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٥٧/٥)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٦٠/٨).

(٣) في (ب): (فتبطل).

(٤) في (ج): (وتبطل).

(٥) ينظر: العناية شرح الهداية: (٤١٤/٩)؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٢٤١/٦).

(٦) وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري، فهنا تبطل شفعته لوجود الإعراض منه عن الأخذ بالشفعة، ولا يجب المال؛ لأنَّ مِلْك المشتري في الدار لا يتغير بهذا الصلح، بل يبقى على ما كان قبل الصلح وترك الشفعة ليس=

(وَكَذَا لَوْ قَالَ لِلْمُخَيَّرَةِ: اخْتَارِينِي بألف)؛ يعني: لو قال زوج الصغيرة التي زوجها غير الأب، والجد عند بلوغها، أو زوج الأمة عتقها، واختارها فسخ النكاح لا تختاري الفسخ، بل اختاري المقام معي، وأنا أعطيك ألفاً بدلاً عن ذلك، ففعلت[(١)].

(أو قَالَ الْعِنِّينُ[(٢)] لِامْرَأَتِهِ ذَلِكَ)؛ يعني: لا تختاري[(٣)] فسخ النكاح أقيمي معي، [فأنا][(٤)] أعطيك[(٥)] ألفاً بدلاً، (فَاخْتَارَتْهُ) الضمير المستتر يعود إلى المخيرة، وامرأة العنين على سبيل البدل، والبارز إلى زوج المخيرة، والعنين، كذلك قوله: (بَطَلَ خِيَارُهَا، وَلَا يَجِبُ الْعِوَضُ) ينصرف إلى المرأتين، والعوضين على قياس السباق؛ وذلك لأنّ اختيار الفسخ، أو البقاء على النكاح ليس من الحقوق المقررة التي يصح التعويض عنها[(٦)].

(وَتَبْطُلُ) الشفعة أيضاً (بِبَيْعِ مَا يَشْفَعُ بِهِ الشَّفِيعِ قَبْلَ الْحُكْمِ لَهُ بِهَا)؛ أي: بالشفعة لزوال السبب الذي يستحق به المبيع، وهو للاتصال بملكه قبل تملك المشفوع بحكم الشرع[(٧)].

= بمال، ولا يؤول مالاً بحال، فالاعتياض عنه بالمال لا يجوز بخلاف القصاص. ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٦٣/٢٠)، والهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢١/٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢١/٥)، والهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢١/٤)، والاختيار لتعليل المختار: (٤٧/٢).

(٢) العنين: هو الذي لا يقدر على إتيان النساء. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص: ٣٣٠)؛ التعريفات: (ص: ١٥٨).

(٣) في (أ): (لا تحتاري)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) في (ج): (فأعطيك).

(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢١/٤)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (٢٥٧/٥).

(٧) أي: تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الأخذ بالشفعة؛ لأنَّ سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه، ولا فرق بين أن يكون عالماً وقت بيع داره بشراء المشفوعة، أو لم يكن عالماً؛ لأنَّه لا يختلف في الحالين، فصار كالتسليم الصريح، فإنه لا يختلف بين أن يعلم بيعها، أو لم يعلم، وكذا إبراء الغريم؛ لأنَّ كل ذلك إسقاط، فلا=

(و) تبطل أيضاً (بِمَوْتِ الشَّفِيعِ) عندنا، فلا تورث عنه؛ لأنَّها ليست بمال [خلافاً للشافعي[١]، وهذا إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه، فالبيع لازم لورثته][٢] (لا)؛ أي: لَا تبطل (بِمَوْتِ الْمُشْتَرِي)؛ لأنَّ المستحق موجود، وسبب الاستحقاق قائم[٣].

(وَلَا شُفْعَةَ لِمَنْ بَاعَ) بأن كان الشفيع وكيلاً لبائع المشفوع؛ لأنَّه موكل[٤] بإتمام البيع، وفي أخذه المبيع بالشفعة نقض ما وكل بإتمامه[٥].

(أو بِيعَ لَهُ) وهو الموكل بالبيع، وصورتها: أنّه إذا كان لرَجل داران متلاصقتان، فوكل أجنبياً ببيع إحديهما، ثمّ إنّه أراد استرجاعها بحكم الشفعة لم يكن له ذلك؛ لأنَّه نقض لما أبرمه، وهدم لما أسسه؛ لأنَّ فعل الوكيل منسوب إليه؛ إذ هو كالآلة له[٦].

(أَو ضَمِنَ) الشفيع (الدَّرَكَ) عن البائع؛ أي: لا شفعة لمن ضمن الاستحقاق؛ لأنَّ الاستخلاص عليه، وذلك لا يكون إلا بترك الشفعة؛ لأنَّ في أخذه الدار بالشفعة إبطالاً لذلك المعنى، فلا يصح[٧].

= يتوقف على العِلْم كالطلاق والعتاق. ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٤٧/٢)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٥٨/٥)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٦١/٨).

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (٢٥٧/٧)، والمجموع شرح المهذب: (٣٤٥/١٤).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٤٧/٢)؛ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٥٧/٥).

(٤) في (ج): (موكلا).

(٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٤٧/٢).

(٦) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٢١/١٤)، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٢٥٥/٧).

(٧) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٥٩/٥)، والعناية شرح الهداية: (٤١٨/٩).

(أو سَاوَمَ الْمُشْتَرِي بَيْعاً، أو إجَارَةً)؛ يعني: إذا علم الشفيع بشراء الدار الملاصقة له مثلاً، فقال للمشتري: أتبيعها بكذا؟ أو بكم تؤجرها؟ مثلاً، ونحو ذلك من الألفاظ، وكذلك طلب المزارعة(١)، والمساقاة(٢) في العقار المشتري، فهذه كلها مسقطات(٣) للشفعة؛ لأنَّ ذلك مستلزم عقداً جديداً من المشتري، وهو دليل الإعراض عن طلب الشفعة، فتسقط بها(٤).

(وَتَجِبُ) الشفعة (لِمَن ابْتَاعَ)؛ أي: اشترى سواء كان أصيلاً، أو وكيلاً (أو ابْتِيعَ لَهُ)؛ أي: لمن وكل آخر(٥) بالشراء، فاشترى لأجل الموكل، والموكل شفيع كان له الشفعة، صورته: دار بين ثلاثة، وللدار جار ملاصق، فإذا بيعت الدار، واشتراها أحد الشركاء تثبت(٦) الشفعة [للمشتري](٧) سواء اشتراها(٨) أصالةً، أو وكالةً، وكذا تثبت للموكل إذا اشتراها الوكيل لأجله، وتثبت أيضاً للشريك الآخر، وفائدته: أنّها لا تثبت للجار؛ لأنَّ الشريك مُقَدَّم عليه(٩).

---

(١) المزارعة: لغة: الإنبات، وهي مفاعلة من الزرع. ينظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: (ص: ١٠١). واصطلاحاً: «هي عقد على الزرع ببعض الخارج يعني معاقدة دفع الأرض إلى من يزرعها على أن الغلَّة بينهما على من شَرَطَا». التعريفات الفقهية: (ص: ٢٠٢).
(٢) المساقاة: بضم الميم من سقى الزرع إذا صب عليه الماء، وهو أن يدفع الرَّجل شجر إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره. ينظر: معجم لغة الفقهاء: (ص: ٤٢٥).
(٣) في (ج): (مسقط).
(٤) ينظر: تحفة الفقهاء: (٥٦/٣)؛ الاختيار لتعليل المختار: (٤٧/٢).
(٥) في (أ)، (ب): (أخير)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٦) في (ج): (ثبت).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (أ، ب): (اشترى)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٩) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢٢/٤)؛ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٥٩/٥).

(وَلَوْ قِيلَ لِلشَّفِيعِ: إِنَّهَا)؛ يعني: الدار المبيعة، وإنْ لم يجرِ لها ذكر في الكلام اعتماداً على قرينة الحال (بِيعَتْ بألف مَثَلاً، فَسَلَّمَ) الشفيع [أ/٣٨٦] الشفعة، ولم يطلب، (ثُمَّ بان)؛ أي: ظهر له بعد ذلك (أَنَّهَا) إنّما (بِيعَتْ بِأقل) من ألف، (أو) كأن قيل له: إنّما بيعت بألف درهم نقداً، ثمّ بان أنّها بيعت (بِكَيْلِيٍّ، أو وَزْنِيٍّ، أو عَدَدِيٍّ مُتَقَارِبٍ قِيمَتُهُ أَلْفٌ، أو أكثر مِن الْأَلْفِ، فَلَه الشُّفْعَةُ)، وتسليمه باطل؛ لأنَّه إنّما سلمه في الوجه الأول[1] لاستكثاره الثمن؛ أعني: الألف، فإذا علم أنَّه أقل يرغب فيه، وفي الوجه الثاني لتعذر الجنس الذي بلغه، وتيسير ما بيع به؛ لأنّ الجنس يختلف، وكذا في العدد المتقارب، ونحوه من ذوات المثل[2].

(وَلَوْ بان أَنَّهَا بِيعَتْ بِعَرْضٍ قِيمَتُهُ أَلْفٌ، أَوْ) بان أنّها بيعت (بِدَنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَلْفٌ) يكون له الشفعة؛ لأنَّ الواجب في الكل القيمة، وهي دراهم، أو دنانير، ولا تفاوت فيهما، فلا وجه لعود حق الشفعة بعد سقوطه[3].

(وَلَوْ قِيلَ لَهُ)؛ أي: للشفيع: إنّ (الْمُشْتَرِي فُلان، فَسَلَّمَ) الشفعة، وأسقط حقه فيها، (فَبان أَنَّهُ غَيْرُهُ)؛ أي: ظهر أنّ المشتري غير ذلك الفلان، (فَلَهُ الشُّفْعَةُ)؛ أي: يعود حق الشفيع؛ لتفاوت الجوار، وتباين حال الجيران، (وَلَوْ بان أَنَّهُ هُو مَعَ غَيْرِهِ)؛ يعني: بعد أنْ قيل للشفيع: إنَّ المشتري فلان، وسلم الشفعة على تقدير أنَّه هو الذي أخبر[4] به وحده، ثمّ ظهر فيما بعد إنَّ المشتري هو ذلك لكن مع غيره[5] بطريق الاشتراك (فَلَهُ)؛ أي: للشفيع (الشُّفْعَةُ فِي حِصَّةِ) ذلك (الْغَيْرِ) فقط؛ لأنّ التسليم لم يوجد في حق ذلك الغير، وتسليمه[6] في حق الأول لا يوجب التسليم في

---

(١) في (ج): (الأولى).

(٢) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٨٢/١).

(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢٢/٤).

(٤) في (أ): (أجبر)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٥) في (ج): (غير).

(٦) في (ج): (تسليم).

حصة الثاني، (ولو بلغه بيع النصف)، فسلم، (فَظَهَرَ) أنّه كان (بَيْعُ الْكُلِّ، فَلَهُ الشُّفْعَةُ) في الكل؛ لأنّ تسليمه النصف إنّما كان هرباً عن ضرر الشركة [ولا شركة][١]، ولو بلغه بيع الكل، فسلم، ثمّ ظهر أنّه كان النصف هل تجب له الشفعة في النصف الباقي؟

قال في الهداية: لا شفعة في ظاهر الرواية؛ لأنّ التسليم في الكل تسليم في النصف، وغيره من الأبعاض[٢].

(وإنْ باعها)؛ أي: باع المالك داره (إلّا ذِرَاعاً)، أو شبراً، ونحوهما قَلَّ ذلك المقدار المستثنى[٣]، أو كثر إذا كان (مِنْ طُولِ جَانِبِ الشَّفِيعِ) بحيث يكون بعده عن مِلْك الشفيع كذلك، طولاً، والحاصل: أنَّه يستثنى من المبيع مقداراً يكون فاصلاً بين المبيع، ومِلْك الشفيع، (فَلَا شُفْعَةَ لَهُ)؛ أي: للشفيع حينئذ لانقطاع الجوار، وانعدام السبب الذي يثبت به الشفعة، وهذه حيلة لإسقاط[٤] شفعة الجوار، وكذا إذا وهب ذلك المقدار من المشتري، وسلّمه[٥] إليه، ثمّ باعه الباقي؛ لما مرَّ من عدم وجوب الشفعة في الموهوب بغير عوض مشروط[٦].

(وَإِن اشْتَرَى مِنْهَا سَهْماً)، ولفظ شرى يَصدق على البيع، والابتياع، فالضمير فيه يعود إلى البائع، أو المشتري، وإنْ [لم][٧] يسبق ذكرهما بقرينة الحال (بِثَمَنٍ ثُمَّ شَرَى بَاقِيهَا) بثمن آخر؛ (فَالشُّفْعَةُ فِي السَّهْمِ)؛ أي: إنّما تثبت الشفعة للشفيع في السهم الذي شرى أولاً (فَقَطْ)، ولا تجب الشفعة في الباقي؛ لأنَّ الشفيع، وإنْ كان جاراً فيها لكن المشتري إذا ملك

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢٢/٤).
(٣) في (ب): (المثنى).
(٤) في (أ): (إسقاطاً)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٥) في (ج): (وسلم).
(٦) ينظر: تحفة الفقهاء: (٥٨/٣).
(٧) سقط من: (ج).

السهم الأول، صار شريكاً في الباقي، والشريك مُقَدَّم على الجار، (وَإِن ابْتَاعَهَا)؛ أي: اشترى المشتري الدار (بِثَمَنٍ) نحو: ألف مثلاً، (ثُمَّ دَفَعَ) المشتري (عَنْهُ)؛ أي: عوضاً عن الثمن (ثَوْباً)؛ أيَّ ثوبٍ كان؛ (أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ) الذي عوض عنه الثوب [ب/٣٨٦] لا بقيمة الثوب؛ لأنَّ دفع الثوب عوضاً عن الثمن عقد آخر قد حدث بعد شراء الدار، والعوض الذي يقابل الدار إنّما هو الثمن لا الثوب[(١)].

(وَلَا تُكْرَهُ الْحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِهَا عِنْدَ أبي يُوسُفَ)، وهو رواية عن أبي حنيفة، (وَبِهِ يُفْتَى قَبْلَ وُجُوبِهَا)؛ لأنَّه يحتال لدفع ضرر الجار السوء[(٢)] عن نفسه، وإنْ كان الغير يتضرر [في ضمنه][(٣)(٤)].

(وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: تُكْرَهُ)؛ لأنَّ الشفعة إنّما شرعت لدفع الضرر[(٥)].

وفي إباحة الحيلة إبقاؤه، فإنْ استفتى[(٦)] عالِمٌ عن ذلك، فإنْ كان ذلك قبل وجوبها يُفتى بالجواز[(٧)]؛ لأنَّ الدفع أسهل من الرفع، وإنْ كان ذلك بعد أنْ وجبت للشفيع يفتى بقول محمد؛ يعني: بالكراهة؛ لئلا يلزم نقض[(٨)] الأمر المشروع بعد ثبوته.

فقوله: (وعند محمد: تُكْره) شامل للوجهين؛ أعني: سواء كان قبل ثبوت الشفعة، أو بعده؛ لأنَّ نقض المشروع لازم في الأمرين.

(وَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ حِصَّةِ بَعْضِ الْمُشْتَرِينَ)، وإنْ لم يسم ثمن كل حصة؛

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية: (٣٨٤/١١).
(٢) في (ب): (السواء)، والصواب ما أثبتناه من: (أ، ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢٣/٤).
(٥) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٨٣/١).
(٦) في (أ): (استغنى)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٧) في (ب): (بالجوار).
(٨) في (ج): (نقص).

يعني: إن اشترى جماعة [عقاراً][١] من واحد صفقة واحدة، فللشفيع أنْ يأخذ نصيب أحدهم؛ [لأنَّه ليس في هذا الأخذ ضرر التفريق؛ لأنَّ الشفيع يقوم مقام أحدهم][٢] (لَا حِصَّةِ بَعْضِ الْبَائِعِينَ)؛ يعني: إن اشتراه واحد من جماعة ليس له أنْ يأخذ حصة أحد البائعين؛ لأنَّ فيه إضراراً بالمشتري بتفريق الصفقة، وثمة الصفقة غير متفرقة، (وَلِلْجَارِ[٣] أَخْذُ بَعْضٍ مُشَاعٍ)[٤] بالتنوين فيهما (بِيعَ فَقُسِّمَ)؛ أي: إذا اشترى نصفاً مشاعاً من دار، فقسم البائع، والمشتري، فالشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري؛ لأنَّ القسمة من تمام القبض، فإنَّ الانتفاع في المشاع لا يتم إلا بالقسمة، (وَإِنْ) ـ وصلية ـ (وَقَعَ فِي غَيْرِ جَانِبِهِ)[٥].

وعن أبي حنيفة: إنّما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها أمَّا إذا وقع في الجانب الآخر؛ [فلا][٦]؛ لأنَّه لم يبقَ جاراً، (وَلِلْعَبْدِ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ فِي مَبِيعِ سَيِّدِهِ، وَبِالْعَكْسِ)؛ أي: لمولاه الأخذ بالشفعة منه؛ لأنَّ الأخذ بالشفعة تملك بالثمن، فصار بمنزلة الشراء، وإنما قيد العبد بكونه[٧] مأذوناً؛ لأنَّ المحجور لا يصح منه تصرف، فلا يتصور كونه شفيعاً، ولا مشفوعاً، وقيد كونه مديوناً ليصير تصرفه مقيداً[٨]، فإنّه ينصرف[٩] حينئذ

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (وللحار).
(٤) المشاع: لغةً: بضم الميم وفتحها، اسم مفعول من شاع، الشائع: المنتشر، واصطلاحاً: وهو شيء غير مقسوم، حصة منتشرة في كل جزء من جزئيات الشيء، أو حصة مقدرة غير معينة ولا مفرزة. ينظر: معجم لغة الفقهاء: (ص: ٤٣٠).
(٥) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٦/٢٣٥).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (ج): (يكون).
(٨) في (أ): (مفيداً)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٩) في (ب، ج): يتصرف.

للغرماء[(١)] بخلاف ما إذا لم يكن مديوناً، فإنّه حينئذ يكون تصرفه لمولاه، ولا شفعة لمن بيع له، **(وَصَحَّ تَسْلِيمُ الْأَبِ، وَالْوَصِيِّ شُفْعَةَ الصَّغِيرِ)**؛ يعني: إذا اشترى أحد داراً[(٢)] وشفيعها صغير، فسلم أبو الصغير، أو وصيّه شفعته؛ صح التسليم، ولم يكن للصغير أخذها بالشفعة بعد البلوغ، وهذا عند الشيخين[(٣)].

(خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ) وزفر، فإنّهما يقولان: إنّ الصّغير باقٍ على شفعته، وله أخذها بعد البلوغ؛ لأنَّ ذلك حق ثابت للصّبي، فلا يملكان إبطاله كالعفو عن القصاص[(٤)].

وللشيخين: إنّ الأخذ بالشفعة في معنى التجارة؛ لأنَّه إنّما يكون ببذل[(٥)] البدل، فيملكان تَرْكَه ألا يرى أنّ من أوجب بيعاً للصّغير؛ صح ردّه من الأب والوصي؛ لأنَّ ذلك دائر بين النفع والضر، وقد يكون النظر للصّغير في تَرْكه ليبقى البدل على مِلْكه، والولاية مبنية على النظر، فيملكانه بالرّد صريحاً، وبالسكوت عن الطلب؛ لأنّه دليل الإعراض، ثمّ إنّ هذا [٣٨٧/أ] **(فِيمَا بِيعَ بِقِيمَتِهِ، أو أقل)** من القيمة، فإنْ بيعت الدار بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن[(٦)] فيه الناس؛ جاز التسليم بالإجماع[(٧)]؛ لأنَّ النظر تقرر فيه، وهذا معنى قول المصنِّف: **(وَقَوْلُهُ)**؛ أي: قول محمد **(رِوَايَةٌ عَن**

---

(١) الغرماء: مفرده غريم: وهو لفظ مشترك يطلق على من له الدَّين، وعلى من عليه الدَّين. ينظر: معجم لغة الفقهاء: (ص: ٣٣١).

(٢) في (أ): (دار)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٦٣/٥).

(٤) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٦٦/٨).

(٥) في (ج): (بذل).

(٦) الغَبَن: هو الخديعة في البيع والشراء، واليسيرُ منه ما يُقوّم به مُقوّم، والفاحشُ منه ما لا يخل تحت تَقْويم المقوّمين، وقيل: ما لا يتغابن الناس فيه. ينظر: التعريفات الفقهية: (ص: ١٥٦).

(٧) الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢٤/٤).

الْإِمَامِ فِي الْأَقل الَّذِي لَا يُتَغَابَنُ فِيهِ)؛ يعني: إنْ بيعت الدار بأقل من قيمتها محاباة كثيرة، فعن أبي حنيفة: إنّه لا يصح التسليم، ولا رواية فيه عن أبي يوسف[١].

والأقل الذي لا يتغابن فيه هو ما ذكروه في البيوع من نحو: ده دوازده؛ يعني: يباع ما يساوي اثني عشر بعشرة.

❖ ❖ ❖ ❖

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٦٣).

كِتَابُ الْقِسْمَةِ

(هِيَ) لغة: اسم لاقتسام[١]، وشرعاً: (جَمْعُ نَصِيبِ شَائِعٍ) بين المتقاسمين (في) نصيب (مُعَيَّنٍ[٢] وَتَشْتَمِلُ عَلَى) معنى (الْإِفْرَازِ)، وهو[٣] أخذ عين حقه[٤][٥]، (و) على معنى (الْمُبَادَلَةِ)، وهي: أخذ عوض عن حقه[٦].

وذلك أنّ ما يجتمع لأحدهما كان بعضه له، وبعضه لصاحبه، وكذلك ما يجتمع للآخر، فكل منهما يستبدل ما حواه من نصيب الآخر بما حواه الآخر من نصيبه، فكان مبادلة[٧]، (و) إفراز، أو (الْإِفْرَاز أَغْلَبُ فِي الْمِثْلِيَّاتِ) وهي المكيلات، والموزونات، والعدديات المقاربة؛ لأنَّ ما يأخذه مثل حقه صورة ومعنى، وأمكن أنْ يجعل عين حقه، ثمّ أشار إلى ما تفرّع عليه بالفاء بقوله: (فَيَأْخُذُ الشَّرِيكُ حَظَّهُ مِنْهَا)؛ أي: من المثليات

---

(١) ينظر: العين: (٨٦/٥)، والمغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٣٨٣).

(٢) ينظر: دستور العلماء: (٤٩/٣)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٦٤/٥).

(٣) في (ج): (وهي).

(٤) في (أ): (حصته)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٥) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: (١٣١٧/٢).

(٦) ينظر: مختار الصحاح: (ص: ٣٠)، ومعجم لغة الفقهاء: (ص: ٣٩٨).

(٧) في (ب): (بأدلة).

(حَالَ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ) نحو: أنْ يكون رَجلان شريكين في كر[(١)] حنطة مثلاً، فلكل منهما أنْ يأخذ نصفه، حال غيبة[(٢)] الآخر؛ لكونه عين حقه[(٣)].

(وَلَو اشْتَرَيَاهُ)؛ أي: المثلي، (فَاقْتَسَمَاهُ؛ فَلِكُلٍّ) واحد منهما مرابحة[(٤)] بحصة[(٥)] ثمنه، فلو كانا اشترياه بعشرة، فاقتسماه، ثمَّ أراد أحدهما بيع نصفه مرابحة [بأن][(٦)] يقول: اشتريته بخمسة، أو قام عليّ بخمسة؛ يجوز ذلك في الحيوانات، ولا في العروض، والمبادلة أغلب في غيرها؛ أي: غير المثليات، وهي الحيوانات، والعروض؛ لوجود التفاوت بين أبعاضها، فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ حقه[(٧)].

وفَرَّعَ على ما ذكر بقوله: (فلا يأخذه)؛ أي: ليس لأحد الشريكين أخذ حصته في الحيوانات، أو العروض المشتركة عند غيبة الآخر، ولا يبيع حصته مرابحة بعد الشراء، والقسمة؛ يعني: لو اشتريا شيئاً من الحيوانات، أو العروض، واقتسماه، لا يجوز لأحدهما (أَنْ يَبِيعَ نصيبه مُرَابَحَةً بِحِصَّةِ ثَمَنِهِ) لما ذكرنا من التفاوت، ويجبر عليها فيه؛ أي: في غير المثلي (بِطَلَبِ الشَّرِيكِ فِي مُتَّحِدِ الْجِنْسِ)؛ يعني: لو كان المشترك من غير المثليات لكنّه من جنس واحد كالغنم مثلاً، أو الثياب الهروية سواء كانت مشتركة بإرث، أو شراء، فطلب أحد الشركاء من القاضي أنْ يقسم ذلك، وأبي غيره، فالقاضي يجبر الآبي، ويجب عليه الإجابة لمن طلبها بأن

---

(١) الكُرُّ، بالضمّ: مكيال لأهل العراق، وهو ستون قفيزا، القفيز: ثماني مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف، وهو ثلاث كيلجات. قال الأزهري: والكر من هذا الحساب اثنا عشر وسقاً، كل وسق ستون صاعاً، ينظر: العين (٥/٢٧٧)، وتاج العروس: (١٤/٣٠).

(٢) في (ب): (غيبه).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٦٤)، والعناية شرح الهداية: (٩/٤٢٦).

(٤) المرابحة: هي البيع بزيادة على الثمن الأول. التعريفات: (ص: ٢١٠).

(٥) في (ج): (بحصت).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٢٦/١١٦).

يخصه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الآخر عن الانتفاع بمِلْكه (لَا فِي غَيْرِهِ)؛ أي: لا يجبر القاضي الشركاء على قسمتها بطلب بعضهم في غير متحد الجنس كالحيوانات[1] مع العقار، أو البقر مع الخيل، وكذلك الثياب إذا اختلفت أجناسها، والثوبان إذا اختلفت قيمتهما؛ لتعذر المبادلة بسبب فحش التفاوت في المقاصد، لكن لو تراضوا على القسمة جاز؛ لأنَّ الحق لهم[2].

(وَنُدِبَ لِلْقَاضِي نَصْبُ قاسم) [ب/٣٨٧] يباشرها وقت الحاجة، وإنْ باشرها القاضي بنفسه، فهو أولى.

قوله: (رِزْقُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ)[3] صفة للقاسم، وهذا هو الأفضل (لِيَقْسِمَ بِلَا أَجْرٍ)، فهو الأرفق[4] بالناس، والأبعد عن التهمة، والأوفق للقياس؛ لأنَّ القاسم يقطع المنازعة بين الخصوم، فكانت القسمة شبيهة بالقضاء، فيرزق من بيت المال كما يرزق القاضي (فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ)؛ أي: إن لم ينصب القاضي قاسماً كذلك، أو إنْ لم يرزق من بيت المال بأن لم يمكّنه الإمام من ذلك؛ (نُصِّبَ قَاسِماً يَقْسِمُ) على المتقاسمين (بِأَجْرٍ) يأخذ من الناس الذين يقسم لهم، وذلك الأجر (يُقَدِّرُهُ لَهُ الْقَاضِي) لئلا يجوز القاسم، فيطلب كثيراً زائداً على أجر مثله، ويشح[5] النّاس، فيعطون يسيراً، لا يقوم بمؤنته[6]، (وهو)؛ أي: الأجر الذي يقدِّره القاضي للقاسم (عَلَى عَدَدِ الرُّؤوسِ)؛ أي: على عدد الورثة، أو الشركاء الذين يقسم لهم لا على حسب أنصبائهم، وهذا عند أبي حنيفة[7].

---

(١) في (أ)، (ب): (كالحيوان)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٣٧/١٥).
(٣) بيت المال: خزانة الدولة، المكان الذي تجتمع فيه الأموال العامة للدولة. ينظر: معجم لغة الفقهاء: (ص: ٨٣).
(٤) في (ج): (أرفق).
(٥) في (ج): (أو يستحق).
(٦) في (ج): (بمؤمنة).
(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢٦/٤).

(وَعِنْدَهُمَا: عَلَى قَدْرِ السِّهَامِ) وهو قول الشافعي[١]؛ لأنَّ ذلك من مؤنة المِلْك، فيتقدر بقدره[٢] كأجرة الكيال والوزان[٣].

ولأبي حنيفة: إنّ الأجر مقابل بالتمييز، وأنّه لا يتفاوت[٤]، وربمّا يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر، فيتعذر اعتباره، فتعلق الحكم بأصل التمييز[٥].

(وَأُجْرَةُ الْكَيْلِ، وَالْوَزْنِ عَلَى قَدْرِ السِّهَامِ إِجْمَاعاً[٦] إِنْ لَمْ يَكُنْ)؛ لأنَّ الأجر مقابل بعمل الكيل، والوزن متفاوت، فيكون الأجر المقابل له متفاوتاً حسب[٧] تفاوته، (وَإِنْ) كان الكيل، والوزن (لَهَا)؛ أي: للقسمة (فَعَلَى الْخِلَافِ)؛ يعني: عند أبي حنيفة على عدد الرؤوس، وعندهما: على قَدْر السهام.

مثاله: دار مشتركة بين ثلاثة نفر لأحد[٨] النصف، وللآخر الثلث، وللآخر السدس، فقسمها بينهم بالأجرة عند أبي حنيفة أثلاثاً على كل واحد ثلثها.

وعندهما: على قَدْر المِلْك أسداساً ثلاثة السهم من ستة على صاحب النصف، وسهمان [من ستة][٩] على صاحب الثلث، وسهم واحد من ستة على صاحب السدس، وقد ذكرنا دلائل الجانبين.

وعن أبي حنيفة في رواية: إنّ أجرة القسّام على طالب القسمة من

---

(١) ينظر: الأم للشافعي: (٦/٢٢٩).
(٢) في (أ): (بقدر)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٣) ينظر: بداية المبتدي: (ص: ٢١١).
(٤) في (ج): (لا يفاوت).
(٥) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٥/٦).
(٦) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٦/٢٥٦).
(٧) في (ج): (بحسب).
(٨) في (ب، ج): (لأحدهم).
(٩) سقط من: (ج).

الشركاء لا على الممتنع عنها؛ لأنَّ الطالب ينتفع بها، والممتنع يتضرر، والغرم يدور مع الغنم[(١)].

(وَيَجِبُ كَوْنُهُ)؛ أي: القاسم: (عَدْلاً)؛ أي: غير جائر؛ لأنَّ ذلك من جنس عمل القضاء، فيُشترط فيه ما يُشترط في القضاء، (أَمِيناً) حتى يعتمد على قوله، (عالِماً بِالْقِسْمَةِ)؛ لأنَّه لا بدَّ من القدرة عليها، وذلك يستدعي العِلْم بها[(٢)].

(وَلَا يُجْبَرُ النَّاسُ عَلَى قَاسِمٍ وَاحِدٍ)؛ أي: لا يلزم القاضي الناس على أن يستأجروا قاسماً بعينه؛ لأنَّه يفضي إلى ضيق الأمر، وغلاء الأجر، (ولا يَتْرُكُ الْقُسَّامُ) ـ بضم القاف[(٣)]، وتشديد السين ـ: جمع قاسم[(٤)] (لِيَشْتَرِكُوا)؛ أي: يمنعهم القاضي من الاشتراك كيلا يتضرر النّاس؛ لأنّ عند الاشتراك يخافون الفوات، فيتغالون في الأجرة، وعند عدم الاشتراك يخافون الفوت بسبق غيره، فيتسارع كل قاسم إلى القسمة بالأجر اليسير حرز الفوات، فيرخص الأجر[(٥)].

(وَصَحَّ الِاقْتِسَامُ بِأَنْفُسِهِمْ بِلَا أَمْرِ الْقَاضِي)؛ يعني: لو اصطلح الشركاء في الميراث، أو غيره من الأملاك [أ/٣٨٨] فاقتسموا، وتراضوا فيما بينهم من غير أنْ يراجعوا القاضي، أو القسام جاز؛ لكمال ولاية الشركاء على أنفسهم، وأموالهم إلا أنْ يكون فيهم صغير، فيحتاج إلى أمر القاضي؛ لعدم ولايتهم عليه[(٦)].

(وَيُقَسِّمُ عَلَى الصَّبِيِّ وَلِيُّهُ، أو وَصِيُّهُ)؛ يعني: لو كان في الورثة

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية: (١١/٤٠٧).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٩/٧).
(٣) في (أ): (القسام)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٤) ينظر: البناية شرح الهداية: (١١/٤٠٤)؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٦/٢٥٧).
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٢٥).
(٦) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢/٤٢١).

صغير، فوليه؛ أعني: الأب، ثمّ الأقرب، فالأقرب من عصباته، أو وصيّه يقوم مقامه حين القسمة للولاية، (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ) له ولي، ولا وصيّ؛ (فَلَا بُدَّ مِنْ أَمْرِ الْقَاضِي)، وهذا في صورة ما إذا أرادوا أنْ يقتسموا[١] بأنفسهم من غير مراجعة إلى القاضي، أو القسام كما مرّ بيانه آنفا[٢].

قوله: (وَلَا يُقَسَّمُ عَقَارٌ) إلى آخره شروع في بيان كيفية القسمة، وبعض شروطها، فعند الإمام [أنّه][٣] لا يقسم عقار (بَيْنَ الْوَرَثَةِ) [ظرف لغو متعلق بلا يقسم][٤] (بِإِقْرَارِهِمْ مَا لَمْ يُبَرْهِنُوا عَلَى الْمَوْتِ)؛ أي: موت[٥] المورث إن لم يكن القاضي عالماً به، فإذا حضر جماعة شركاء في أيديهم دار، أو ضيعة، أو عقار، وادّعوا أنّهم ورثوها[٦] عن فلان؛ لم يقسمها القاضي بمجرد دعواهم ما لم يبرهنوا على موت المورث، (وَعَدَدِ الْوَرَثَةِ) عند أبي حنيفة، وهذا في العقار، (وَعِنْدَهُمَا: يَقْسِمُ) باعترافهم[٧].

(وَغَيْرُ الْعَقَارِ يُقَسَّمُ إِجْمَاعاً)[٨]؛ لأنّ اليد دليل المِلْك، وهي فيما عدا العقار مشاهدة، فيجوز الاعتماد على مجرد قول الشركاء.

(وَكَذَا الْعَقَارُ الْمشترى)؛ يعني: إذا كان في أيديهم عقار ادّعوا أنّهم اشتروه، فإنّه يقسم بينهم بمجرد قولهم بالإجماع[٩]، كذا إنْ كان إقرارهم، (وَالْمَذْكُورُ مُطْلَقُ مِلْكِهِ)؛ أي: لو قالوا: هذا مِلْكنا، ولم يبينوا أنّهم بأي

(١) في (أ): (يقسموا)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٢/٧٣).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (فوت).
(٦) في (ج): (ورثوا).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (٥/٢٦٦).
(٨) ينظر: تحفة الفقهاء: (٣/٢٨٠).
(٩) المصدر السابق.

طريق ملكوه؛ فإنّه يقسم بينهم بقولهم، وهذا لأنَّه ليس غير[(١)] منكر، ولا يحتاج إلى الإثبات بدون الإنكار، (**وَإِنْ بَرْهَنَا**)؛ أي: الشريكان تبينا (**أَنَّ الْعَقَارَ فِي أَيْدِيهِمَا لَا يَقْسِمُ**) بينهما (**حَتَّى يُبَرْهِنَا أَنَّهُ لَهُمَا**) لاحتمال أن يكون لغيرهما[(٢)]، فيتواضعا على تملكه بهذا الطريق، [وهذه المسألة بعينها هي المسألة السابقة، وهي قوله المذكور: (مطلق ملكه)؛ لأنَّ المراد منها: هو أنْ يدَّعوا الملك، ولم يذكروا كيف انتقل إليهم؟، ولم يشترط فيها إقامة البينة على أنه مِلْكهم، وهو رواية القدوري[(٣)]، وشرط ههنا، وهو رواية الجامع الصغير[(٤)]، فإنْ كان مراده تعيين الروايتين؛ فليس فيه ما يدل على ذلك، وإلا فتقع المسألة مكررة][(٥)].

(**وَلَوْ بَرْهَنُوا عَلَى الْمَوْتِ، وَعَدَدِ الْوَرَثَةِ، وَالْعَقَارُ فِي أَيْدِيهِمْ، وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ، أو صَبِيٌّ**)؛ أي: صغير، أو معتوه، ونحوه[(٦)]؛ قسم العقار[(٧)]، [كذا في الهداية[(٨)]، قيل: هذا سهو، والصّواب: في أيديهما حتى لو كان في أيديهم؛ لكان البعض في يد الغائب، أو الصبي، وسيأتي أنّه إنْ كان كذلك لا يقسم واجب بأنّ ضمير الجمع يرجع إلى المدعيين

---

(١) في (ب، ج): (ثم).

(٢) في (أ): (غيرها)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٣) ينظر: مختصر القدوري: (ص: ٢٢٧)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٤٧/٢).

(٤) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير: (ص: ٣٨٤).

(٥) من قوله: (وهذه المسألة) إلى قوله: (المسألة مكررة) سقط من: (ج).

(٦) في (ج): (ونحوهما).

(٧) هذا عند أبي حنيفة ـ ﷺ ـ وقالا: يقسم باعترافهم؛ لأن اليد دليل الملك؛ لأنه في أيديهم، والإقرار دليل الصدق، ولا منازع لهم، فيقسم بينهم، فصار كما إذا كان الموروث منقولاً أو كان العقار مشترى، وهذا لأنهم لا منكر لهم، ولا بينة إلا على المنكر، فلا تفيد البينة بلا إنكار. ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٦٦/٥)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٦٩/٨).

(٨) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢٧/٤).

بناءً على أن أقل الجمع اثنان[١]، يفصح عن هذا قوله: ومعهم وارث غائب][٢]، (وَنَصْبُ وَكِيلٍ، أو وَصِيٍّ لقبض[٣] حِصَّة الْغَائِبِ، أو الصَّبِيِّ)؛ لأنَّ في ذلك [ضرر][٤] نظراً للغائب، والصبيّ، ودفع الضرر عن الحاضرين الطالبين للقسمة، ولا بدَّ من إقامة البينة في هذه الصورة عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه لما بيناه[٥].

(وَلَوْ كَانَ الْعَقَارُ فِي يَدِ الْغَائِبِ) كله (أو شَيْءٌ مِنْه، أو كَانَ فِي يَدِ مُودِعِهِ)[٦]؛ أي: مودع الغائب، (أو فِي يَدِ الصَّغِيرِ) كذلك (لَا يُقَسَّمُ)؛ لأنَّ القسمة قضاء على الغائب، والصغير [ب/٣٨٨] باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما، والمودع أمين الخصم ليس بخصم عنه فيما هو مستحق عليه، والقضاء من غير خصم لا يجوز[٧].

(وَكَذَا) لا يقسم (لَوْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ، أو كَانُوا مُشْتَرَيْنَ، وَغَابَ[٨] أحدهم)؛ يعني: إذا كان الطالب للقسمة وارثاً، واحداً، وشريكه غائب، فأقام هذا الحاضر البينة لم يقسم؛ لأنَّه لا بدَّ من حضور خصمين؛

---

(١) اختلف العلماء في أقل الجمع على أقوال:
الأول: أقله اثنان، وهو قول عمر، وزيد بن ثابت، وابن الماجشون، والقاضي أبي بكر بن العربي، واختاره الباجي.
الثاني: أقل الجمع ثلاثة، وهو قول الجمهور، وهو الذي عليه أهل اللغة والشرع.
الثالث: أقله واحد، حكاه بعض أهل الأصول عن إمام الحرمين.
الرابع: التوقف، حكاه الأصفهاني عن الآمدي.
ينظر: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: (١/٣١٣)، والإحكام في أصول الأحكام، الآمدي: (٢/٢٢٢).
(٢) من قوله: (كذا في الهداية) إلى قوله: (وارث غائب) سقط من: (ج).
(٣) في (أ): (تقبض)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٤) سقط من: (أ)، (ب).
(٥) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (٨/١٧٠).
(٦) في (ج): (موضعه).
(٧) ينظر: تحفة الفقهاء: (٣/٢٨١).
(٨) في (ج): (غائب).

إذ الواحد لا يصلح أنْ يكون مخاصِماً، ومخاصَماً، ومقاسِماً، [ومقاسَماً][(١)] (وَإذا[(٢)] انْتَفَعَ كُلٌّ مِنْ الشُّرَكَاءِ بِنَصِيبِهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ قَسَمَ) القاضي المال المشترك (بِطَلَبِ أحدهم)؛ لأنَّ القسمة حق لازم فيما يحتمل القسمة عند طلب أحدهم، فيجاب إليه، (وَإِنْ تَضَرَّرَ الْكُلُّ، لَا يَقْسِمُ إلَّا بِرِضَاهُمْ)[(٣)] القسمة لتكميل[(٤)] المنفعة، وفي هذا تفويتها، فإن طلبوا، والتزموا الضرر عليهم، فلهم الأمر[(٥)].

(وَإِن انْتَفَعَ الْبَعْضُ دُونَ الْبَعْضِ) لقلة حظه (قَسَمَ بِطَلَبِ ذِي النَّفْعِ، لَا بِطَلَبِ الآخر)؛ يعني: إذا طلب القسمة من ينتفع بها يقسم بطلبه، ولا يبالي بتضرر الآخر؛ لأنَّ الضرر لازم له بكل حال، فلو لم يقسم بطلب المنتفع يتضرر هو أيضاً، فكان النظر في جانب القسمة، وتحمل الضرر الواحد أسهل من لزوم الضررين، وإنَّما قال: (هُوَ الْأَصَحُّ)؛ لأنَّه قيل: إنّ الحكم على عكس ما ذكر؛ يعني: أنّ صاحب القليل الذي يتضرر بالقسمة إذا طلبها يقسم، ولا يقسم بطلب صاحب الكثير المنتفع؛ لأنَّه يريد الإضرار بصاحب القليل، فلا يُعتبر، وصاحب القليل راضٍ بضرر نفسه، قال الجصاص[(٦)(٧)]: وذكر الحاكم الشهيد[(٨)] في مختصره[(٩)]: إنّه يقسم بطلب كل منهما، والصحيح هو الأول[(١٠)].

(وَيَقْسِمُ الْعُرُوضَ) حال كونها (مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ)؛ يعني: إذا كانت

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (وإن).
(٣) في (ج): (إذا).
(٤) في (أ)، (ب): (التكميل)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٥) ينظر: تحفة الفقهاء: (٣/٢٨١).
(٦) ينظر: خليج البحار: ص٦٧٨.
(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص: (٨/٤٥٨).
(٨) ينظر: خليج البحار: ص١٦١.
(٩) ينظر: مخطوطة الكافي في الفروع (الجزء الأول): (لوحة: ٢٧٦).
(١٠) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٦٨ ـ ٢٦٩).

الأشياء المشتركة من جنس واحد تقسم بين الشركاء بأنْ يُعطى كل واحد قسماً منها، ولا يُعتبر فيه التراضي؛ لعدم التفاوت، وعند اتحاد الجنس يتحد [المقصود](١)، فيحصل التعديل في القسمة، و(وَلَا يَقْسِمُ) الجنسين (بَعْضِهِمَا فِي بَعْضٍ)؛ لأنَّه لا اختلاط(٢) بين الجنسين، فلا تقع القسمة تمييزاً، بل معاوضةً، وهي لا تكون إلا بالتراضي(٣).

(وَلَا) يقسم (الْجَوَاهِرَ) مطلقاً؛ لفحش التفاوت فيها، وقيل: لا [يقسم](٤) الكبار(٥) منها، ويقسم الصغار؛ لقلة التفاوت، وقيل: لا يقسم الجواهر إن كانت مختلفة الجنس كاللآلئ، واليواقيت(٦).

(وَلَا) يقسم (الْحَمَّامَ، وَلَا الْبِئْرَ، وَلَا الرَّحَى، وَلَا الثَّوْبَ الواحد، وَلَا الْحَائِطَ بَيْنَ دَارَيْنِ)؛ إذ في قسمتها تفويت منفعتها (إِلَّا بِرِضَاهُمْ)؛ أي: برضاء الشركاء بقسمة هذه الأشياء؛ لالتزامهم الضرر، (وَكَذَا الرَّقِيقَ) عند الإمام(٧).

(خِلَافاً لَهُمَا) فإنّ عندهما: يقسم الرقيق بشرط أنْ يكون الكل ذكوراً، أو إناثاً؛ لاتحاد الجنس حقيقة(٨).

كما يقسم الإبل، والغنم، وله أنّ التعديل معدوم في قسمته؛ للتفاوت الفاحش في الآدمي، فصار(٩) كالأجناس المختلفة بخلاف الحيوانات؛ لأنَّ التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس.

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) في (أ): (لاختلاط)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٣) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢/٢٤٨).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (أ) زيادة: (و).
(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٢٨).
(٧) ينظر: النتف في الفتاوى، للسغدي: (٢/٦١٦).
(٨) ينظر: العناية شرح الهداية: (٩/٤٣٦).
(٩) في (ج): زيادة: (أي: للإمام).

(وَالدُّورُ) إذا كانت (فِي مِصْرٍ وَاحد يَقْسِمُ كُلَّ) واحد منها (عَلَى حِدَتِهِ)؛ أي: على انفراده عند أبي حنيفة كما إذا كان لرَجلين داران في مصر واحد، وطلبا من القاضي قسمتهما، فإنّه [أ/٣٨٩] يقسم كل دار منهما على حدة بينها، ولا يقسمها قسمة واحدة بأنْ يجمع نصيب أحدهما في إحديهما، ونصيب الآخر في الأخرى إلا بتراضيهما عند الإمام[١].

(وَقَالَا: إنْ كَانَ الْأَصْلَحُ)؛ يعني: إنْ رأى القاضي أنّ الأصلح (قِسْمَةَ بَعْضِهَا فِي بَعْضٍ؛ جَازَ) قسمهما بينهما كذلك.

(وَفِي مِصْرَيْنِ)؛ أي: إذا كانت الداران في مصرين (يُقَسَّمُ كُلٌّ) منهما (عَلَى حِدَتِهِ اتِّفَاقاً)، وعلى هذا: الأراضي المتفرقة مشتركة خلافاً، وفرقاً.

(وَكَذَا دَارٌ، وَضَيعَةٌ، أو دَارٌ، وَحَانُوتٌ) لهما: إنّ الدور جنس واحد في الاسم والصورة، نظر إلى أصل السكن[٢]، وهما جنسان معنى نظراً إلى وجوه السكن[٣]، والمقاصد نحو القرب من المسجد، والماء وصلاح الجيران، وغير ذلك، فكان الترجيح مفوضاً إلى رأي القاضي؛ ولأنّ[٤] الدارين يتفاوتان تفاوتاً ظاهراً، ويختلفان اختلافاً فاحشاً باختلاف[٥] المحال، والجيران، وباعتبار القرب من المسجد، والماء، فامتنع[٦] التعديل في القسمة، (وَالْبُيُوتُ) مبتدأه (فِي مَحَلَّةٍ وَاحِدَةٍ، أو فِي مَحَلَّاتٍ يَجُوزُ[٧] قِسْمَةُ بَعْضِهَا فِي بَعْضٍ)؛ لأنَّ التفاوت فيما بينها يسير؛ لأنَّه لا تفاوت في السكنى، (وَالْمَنَازِلُ الْمُتَلَاصِقَةُ كَالْبُيُوتِ، وَالْمُتَبَايِنَةُ كَالدُّورِ) في الأحكام[٨] السابقة[٩].

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٧٦/٢).
(٢) في (ج): (السكنى).
(٣) في (ج): (السكنى).
(٤) في (ب، ج): (وله أن).
(٥) في (ب): (باختلال).
(٦) في (ج): (فانتفى).
(٧) في (ج): (تجوز).
(٨) في (ج): (الإسلام).
(٩) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (٤٤٩/٨).

فَصْلٌ
في بيان كيفية القسمة، ودعوى الغلط فيها، والتفاوت، وغير ذلك

(وَيَنْبَغِي لِلْقَاسِمِ) إنّما قال: (ينبغي)؛ لأنَّ هذا ليس بأمر لازم في القسمة، بل هو أمر عادي تلقاه[1] الخلف عن السلف، والمعتمد فيه الاستحسان، فالأليق للقاسم قاضياً كان، أو نائبه (أَنْ يُصَوِّرَ مَا يَقْسِمُهُ) على قرطاس[2]، أو نحوه ليمكنه حفظه (وَيُعَدِّلُهُ) بالدال المشددة؛ أي: يسويه على سهام القسمة[3]، [ويزوي[4] ـ بالزاء المخففة ـ من العزل؛ أي: «يقطعه بالقسمة عن غيره»[5]][6]، (وَيُذَرِّعُهُ)؛ ليعرف مقداره، (وَيُقَوِّمُ بِنَاءَهُ) إنْ كان فيه بناء بمعرفة المهندسين، والبنائين؛ لأنَّ المالية تعرف[7] بالتقويم، (ويفرز)؛ أي: يميز (كُلَّ نَصِيبٍ) عن الباقي (بِطَرِيقِهِ، وَشِرْبِهِ) إنْ كان ينقطع[8] تعلق كل من الأنصباء بالآخر، فيتحقق معنى القسمة بارتفاع المنازعة على الكمال، (وَيُلَقِّبُ الأنصباء) التي ميزها، وأفرزها، فيُسمي أحدها (بِالأول)، والذي يليه (بِالثَّانِي)، والذي يليه (بِالثَّالِثِ)، والرابع، وهلُمَّ جرّاً، (وَيَكْتُبُ أَسْمَاءَهُمْ)؛ أي: أسماء الشركاء على القرعة، وهذا يكون على وجوه:

---

(١) في (أ)، (ب): (تلقاء)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٢) الْقِرْطَاسُ ـ بكسر القاف وضمها ـ: هو الذي يكتب فيها أو الصحيفة. ينظر: مختار الصحاح: (ص: ٢٥١)؛ المطلع على ألفاظ المقنع: (ص: ٢٠٧).
(٣) الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٢٩/٤)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٧٠/٥).
(٤) في (ب): (ويروي).
(٥) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٥٠/٢).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (ج): (يعرف).
(٨) في (أ)، (ب): (لينقطع)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

أولها: أنْ يكتب اسم كل واحد من الشركاء على كاغذ[(١)(٢)]، ثمّ يلقيها، ويجعلها في نحو بندقة[(٣)] من الشمع بحيث يكون مقاديرها متساوية[(٤)]، وأشكالها متشابهة، (وَيُقْرِعُ)؛ أي: استعمل القرعة بأن يعطي البنادق لمن لا يقدر على تمييز بعضها عن بعض، ويؤمر بأن يفرقها [على][(٥)] الأنصباء[(٦)] التي تميزت، وأفرزت (بالأول)؛ أي: النصيب الأول يُعْطَى (لِمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلاً، وَالثَّانِي: لِمَنْ خَرَجَ ثَانِياً، وَالثَّالِثُ: لِمَنْ خَرَجَ ثَالِثاً)، والأصل في هذا: أنْ ينظر إلى أقل أنصباء الشركاء، فيجعل القسمة منه، فإنْ كان ثلثاً جعلها أثلاثاً، وإنْ سدساً[(٧)] فأسداساً، وعلى هذا، وهذه القرعة إنّما[(٨)] شرعت؛ لتطيب قلوب الشركاء، وإزالة تهمة الميل من القاضي و[(٩)] القاسم، حتى لو عين لكل من الشركاء نصيب [ب/٣٨٩] من غير إقراع؛ لكان جائزاً؛ لأنّ ذلك في معنى القضاء، فجاز الإلزام به[(١٠)].

(وَلَا تَدْخُلُ الدَّرَاهِمُ) التي ليست من الشركة (فِي الْقِسْمَةِ)؛ أي: في قسمة العقار (إِلَّا بِرِضَاهُمْ)؛ [أي: إنّما تدخل بتراضي الشركاء؛ وذلك لأنَّ الدراهم لا شركة فيها، والقسمة إنَّما تلحق ما يكون مشتركاً][(١١)]،

---

(١) في (ج): (كاغد).

(٢) الكاغذ، أو الكاغد، بفتح الغين: هو القرطاس. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (٣٨٩/٥)، وتاج العروس: (١١٠/٩).

(٣) البُنْدُقَة: طِينة مدوّرة يُرمى بها. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٥١).

(٤) في (أ)، (ب): (مساوية)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) في (ب): (أنصباء).

(٧) في (ج): (سدسها).

(٨) في (أ): (لنا)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٩) في (ج): (أو).

(١٠) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٥٠/٢)، والبناية شرح الهداية: (٤٣٠/١١ - ٤٣١).

(١١) سقط من: (أ، ب).

[صورته: دار بين جماعة، فأرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين فضل بناء، فأراد أحد الشركاء أنْ يكون عوض البناء دراهم، وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنّه يجعل عوض البناء من الأرض، ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه أنْ يرد بإزاء البناء من الدراهم إلا إذا تعذر، فحينئذ للقاضي ذلك؛ لأنَّ القسمة من حقوق المِلْك المشترك، والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم، فلا يجوز قسمة ما ليس بمشترك][(١)].

(فَإِنْ وَقَعَ) [في القسمة][(٢)] (مَسِيلُ) [هذا مرتبط بقوله: (ويفرز كل نصيب بطريقه، وشربه)، وما بينهما من متمات الأول][(٣)]، (أو طَرِيق لِأحدهم فِي نَصِيبِ آخَرَ)، فإن كان ذلك مشروطاً في القسمة، فلا كلام، وإنْ كان مسكوتاً عنه؛ (لَمْ يَشْتَرِطْ فِي الْقِسْمَةِ صُرِفَ)؛ أي: المسيل، أو الطريق (عَنْهُ)؛ أي: عن نصيب الآخر (إنْ أَمْكَنَ) صرفه؛ تحقيقاً لمعنى القسمة، وهو قطع الاشتراك، وتكميل المنفعة [بلا ضرر][(٤)]، (وَإِلَّا)؛ أي: وإن لم يمكن الصرف عنه، (فُسِخَتْ)؛ [أي: القسمة؛ لأنَّ المقصود، وهو ما ذكرنا لم يحصل فتفسخ، و][(٥)] تستأنف[(٦)] على وجه يمكن لكل منهما أنْ يجعل مسيلاً، أو طريقاً.

(و)إذا كان علو لا سفل له بأنْ كان العلو مشتركاً، والسفل لآخر[(٧)] [وسفل لا علو عليه][(٨)]، أو سفل له علو مشتركٌ بين رَجلين، وطلبا[(٩)]

---

(١) من قوله: (صورته: دار) إلى قوله: (ما ليس بمشترك)، سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (يستأنف).
(٧) في (ج): زيادة: (لا علو عليه).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) في (ج): (وطلب).

القسمة من القاضي، أو طلب أحدهما؛ (يَقْسِمُ) القاضي (سَهْمَيْنِ مِنَ الْعُلْوِ بِسَهْمٍ مِنَ السُّفْلِ) عند الإمام.

(وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: سَهْماً بِسَهْمٍ)؛ أي: مقابل سهم من علو لا سفل له بسهم من سفل لا علو له[١].

(وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: يَقْسِمُ) كل منهما (بِالْقِيمَةِ) بأنْ يقوم كل واحد على حدته، له: إنّ السفل يصلح لما لا يصلح له العلو بأنْ يجعل[٢] سرداباً[٣]، أو إصطبلاً[٤]، أو غير ذلك، فصارا كالجنسين، فلا يمكن التعديل بينهما إلا بالقيمة[٥].

(وَعَلَيْهِ)؛ أي: على قول محمد (الْفَتْوَى)؛ لأنّ في بعض البلدان تكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل كما بمكة، وبمصر، وفي بعضها تكون بالعكس كما في الكوفة، وللأبوين: أنّ القسمة بالذرع هي الأصل؛ لأنّ الشركة في الذروع، فلا يعدل عنه مهما أمكن[٦].

ثمّ اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع:

وجه قول الإمام: إنّ العلو يفوت بفوات السفل، ولا يفوت السفل بفواته، فتكون منفعة السفل ضعف منفعة العلو.

ووجه قول أبي يوسف: إنّ المقصود منها السكنى، وهما متساويان فيه (فَإِنْ أَقَرَّ أحد الْمُتَقَاسِمِينَ بِالِاسْتِيفَاءِ)؛ أي: أقرّ بعد القسمة بأنّه استوفى

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٧٧/٢).
(٢) في (ج): (يكون).
(٣) السرداب، بالكسر: بناء تحت الأرض وهو معرب. ينظر: القاموس المحيط: (ص: ٩٧)؛ تاج العروس: (٥٦/٣).
(٤) الإصْطَبل: هو موقف الدواب وهمزته أصلية، وهو أعجمي تكلمت به العرب. ينظر: تاج العروس: (٤٥٣/٢٧)، ومعجم اللغة العربية المعاصرة: (٩٣/١).
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٣١/٤).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٧٢/٥).

نصيبه، (ثُمَّ ادَّعَى أَنَّ بَعْضَ نَصِيبِهِ فِي يَدِ صَاحِبِهِ؛ لَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ)؛ لأنَّه يدّعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها، فلا يقبل إلا بحجة من بينة، وإقرار الخصم [ونكوله](١)، وإنْ(٢) لم يقم بينة استحلف(٣) الشركاء فمَنْ حلف(٤)، فقد برئ، ومن نكل جمع نصيبه مع [أ/٣٩٠] نصيب المدعي، فيقسم على قَدْر حقهما(٥).

(وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْقَاسِمَيْنِ) بفتح الميم عند اختلاف المتقاسِمِين (فِيهَا)؛ أي: في القسمة، هذا(٦) عند الشيخين.

(خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ) وزفر، وهو قول أبي يوسف أولاً، وبه قال(٧) الشافعي(٨)؛ لمحمد: إنّهما شهدا على فعل أنفسهما، فأورث تهمة(٩)، فلا تقبل، ولغيره أنّهما شهدا على فعل الغير، وهو الاستيفاء، والقبض لا على فعل نفسهما، وهو التميز، قيل: هذا إذا قسما بلا أجر، ولو قسما به، لا تقبل اتفاقاً(١٠).

وقيل: الخلاف في الكل، وهو الأصح، فلهذا(١١) أطلق في المتن (وَإِنْ قَالَ) أحد الشريكين: (قَبَضْته)؛ يعني: نصيبه، (ثُمَّ أَخَذَ) شريك (بَعْضَهُ)، وأنكر الشريك (حَلَفَ(١٢) خَصْمُه)؛ أي: شريكه؛ لأنَّه يدعي عليه

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) في (ب): (فإن).
(٣) في (أ، ج): (استخلف)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).
(٤) في (ج): (خلف).
(٥) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢/٤٢٥).
(٦) في (أ): (هو)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٧) في (ب، ج): (مال).
(٨) ينظر: التنبيه للفقه الشافعي، للشيرازي: (١/٢٧٠).
(٩) في (أ)، (ب): (تحمة).
(١٠) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٣٢)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٧٣).
(١١) في (ج): (فلذا).
(١٢) في (ج): (خلف).

الغصب، وهو منكر، والقول للمنكر مع اليمين، [فيحلف بحكم النص][1][2].

(وَإِنْ قَالَ) أحد المتقاسمين (قبل أَنْ يُقِرَّ بِالِاسْتِيفَاءِ: أَصَابَنِي كَذَا)؛ أي: سهم كذا، أو مقدار كذا، (وَلَمْ يُسَلِّمْ إِلَيَّ، وَكَذَّبَهُ الآخر) في مقدار النصيب (تَحَالَفَا) على ما مر في كتاب الدعوى، (وَفُسِخَتْ)؛ أي: القسمة؛ لأنَّهما اختلفا في مقدار ما حصل له بالقسمة، فأشبه الاختلاف في مقدار المبيع، وقد سبق أحكام التخالف[3] في الدعوى[4].

(وَلَو ادَّعَى غَبْناً، لَا يُعْتَبَرُ)؛ يعني: لو اختلف الشركاء، فقال بعضهم: إنّ قيمة نصيبي أقل، أو إنّي غبنت؛ لا يلتفت إلى دعواه؛ لوجود التراضي (كَالْبَيْعِ)، فإنّ أحد المتبايعين لو ادّعى أنّه غبن؛ لا يسمع بعد وقوع التراضي (إِلَّا إذا كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِقَضَاءِ) القاضي، (وَالْغَبْنُ فَاحِشٌ): وهو الذي لا يدخل تحت تقويم[5]، (فَتُفْسَخُ)؛ لأنَّ تصرف القاضي، أو القاسم مقيد بالعدل، فإذا ظهر عدمه ينقض[6].

(وَلَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضَ مُعَيَّنٍ مِنْ نَصِيبِ الْبَعْضِ)؛ أي: لو ظهر مستحق لشيء من الأنصباء، فحكم به للمستحق، (لَا تَنْفَسِخُ) القسمة؛ لأجل ذلك اتفاقاً، بل يبقى ما بقي على حاله، (وَيَرْجِعُ) الذي استحق منه (بِقِسْطِهِ فِي حَظِّ شَرِيكِهِ) بأنْ يطرح المستحق من البيّن، ويكمل للمأخوذ منه من نصيب الباقين إنْ كان معيناً[7].

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٤٢٥/٢)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٣٢).

(٣) في (أ): (اختلاف)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٣٣/٤)، وبداية المبتدي: (ص: ٢١٣).

(٥) ينظر: التعريفات: (ص: ١٦١)، والتوقيف على مهمات التعاريف: (ص: ٢٥٠).

(٦) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٧٥/٧)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٧٣/٥).

(٧) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٧٤/٥)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٧٨/٨).

(وَكَذَا فِي الشَّائِعِ)؛ أي: لو استحق جزء شائع من نصيب أحدهم، لا تفسخ القسمة كما في المعين، وهذا قول أبي حنيفة في الصورتين، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: تُفْسَخُ) القسمة على ما ذكر في الأسرار[١][٢]، والصحيح: أنّ الاختلاف في استحقاق جزء شائع من نصيب أحدهم، ومحمد مع أبي يوسف في رواية أبي سليمان[٣]، ومع أبي حنيفة في رواية أبي حفص[٤]، قال صاحب الهداية[٥]: وهو الأصح، (وَفِي بَعْضٍ مُشَاعٍ فِي الْكُلِّ تُفْسَخُ إجْمَاعاً)[٦]؛ لأنَّه لو بقيت القسمة؛ لتضرر المستحق بتفرق نصيبه[٧].

(وَلَوْ ظَهَرَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ دَيْنٌ عَلَى الْمَيِّتِ مُحِيطٌ) بتركته؛ (نُقِضَتْ) القسمة ضرورة تقدم الدَّين على حق الوارث[٨].

(وَكَذَا) تُنقض (لَوْ) كان الدَّين (غَيْرُ مُحِيطٍ)؛ لتعلق حق الغرماء بأصل التركة (إلَّا إذا يفي بِلَا قِسْمَةٍ مَا يَفِي بِهِ)؛ أي: [لو][٩] لم يكن قسم الكل، بل كان بقي من التركة ما بقى بالدَّين، فحينئذ لا حاجة إلى نقضِ القسمة في إيفاء حقهم[١٠].

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص١٣٢٤.
(٢) ينظر: مجمع الأنهر: ٤٣٧/٧.
(٣) ينظر: خليج البحار: ص١١٣٠.
(٤) ينظر: خليج البحار: ص١١٢٩.
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٣٤/٤).
(٦) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٥٣/٢).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٧٤/٥)، والعناية شرح الهداية: (٤٥١/٩).
(٨) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٣٠/٧)، ومجلة الأحكام العدلية: (ص: ٢٢٤).
(٩) سقط من: (ب).
(١٠) ينظر: تحفة الفقهاء: (٢٨٣/٣)؛ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٦٧/٧).

(وَلَوْ أَبْرَأَ الْغُرَمَاءُ) الميت منه بعد القسمة، (أو أَدَّاهُ الْوَرَثَةُ مِنْ مَالِهِمْ) بعد وقوع القسمة؛ (لَا تُنْقَضُ مُطْلَقاً)؛ أي: سواء كان الدَّين [ب/٣٩٠] محيطاً[١]، أو غير محيط؛ لأنَّ المانع قد زال، فتبقى القسمة على حالها، ولو ادّعى بعض المتقاسمين دَيناً على الميت في التركة؛ صحت دعواه؛ لعدم التناقض[٢]؛ إذ الدَّين يتعلق بالمعنى، والقسمة تقع على الصورة، ولو ادّعى عيناً بأي سبب كان لم تسمع للتناقض؛ إذ[٣] الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم تركة[٤][٥].

***

فَصْلٌ

أتى به؛ لأنَّ ما سبق قسمة الأعيان، وهذا قسمة المنافع، (وَتَجُوزُ الْمُهَايَأَةُ) [لغة][٦]: [هي][٧] مفاعلة من الهيئة، وهي الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء[٨][٩].

وشرعاً: عبارة عن قسمة منافع الأعيان المشتركة على التعاقب لغة، والتناوب: بأن يستعمل الشركاء الأشياء المتعددة بعضهم بعضاً[١٠]،

(١) في (ج): (محيط).
(٢) في (ج): (للتناقص).
(٣) في (ج): (إن).
(٤) في (ج): (تركة).
(٥) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٧٥)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢/٤٢٥).
(٦) سقط من: (أ، ج).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (أ)، (ب): (للمشيء)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٩) ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: (٢/١٦٦٣).
(١٠) ينظر: التعريفات: (ص: ٢٣٧)، والتوقيف على مهمات التعاريف: (ص: ٣١٩).

أو يستعملوا الشيء الواحد على المناوبة بالمناومة[١]، والمشاهرة[٢]، والمسانهة[٣].

وهي جائزة استحساناً، والقياس: أنْ لا تجوز؛ لأنَّها مبادلة المنفعة بجنسها، ولكنّها جازت بالإجماع[٤].

(وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا) عند الحاجة كما في القسمة (فِي دَارٍ) متعلق (وَاحِدَةٍ يَسْكُن هَذَا) الشريك (بَعْضاً) من دار مشتركة، (و) يسكن (هَذَا) الشريك الآخر (بَعْضاً آخَرَ) منها، (أو) يسكن (هَذَا عُلْوِهَا وَهَذَا سُفْلَهَا) إنْ أمكن [هو][٥][٦].

(وَفِي بَيْتٍ صَغِيرٍ[٧] يَسْكُنُه هذا)[٨] الشريك (شَهْراً)، وهذا الآخر شهراً حسبما توافقا[٩] عليه، [أو][١٠] على ما يراه القاضي[١١]، (وَلَهُ الإجارة)؛ أي: لكل من الشركاء إجارته[١٢] ما أصابه بالمهايأة[١٣] شرط

---

(١) المناومة: (ناومه؛ أي: نام معه). ينظر: شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم: (٦٨٠٥/١٠).
(٢) المشاهرة: (من الشهر)، يقال: أجّره الدار مشاهرة. ينظر: المصدر السابق: (٣٥٧٣/٦).
(٣) المسانهة: وهي الأجل إلى سنة، ويقال: سانهت النخلة: إذا حملت سنة ولم تحمل سنة. ينظر: المصدر السابق: (٣٢٣٤/٥)، ولسان العرب: (٤٠٥/١٤).
(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٧٠/٢٠)، والهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٣٤/٤).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: العناية شرح الهداية: (٤٥٦/٩).
(٧) في (ج): (صغيرة).
(٨) في (ب، ج): (يسكن).
(٩) في (ج): (توافقان).
(١٠) سقط من: (أ)، (ب).
(١١) في (أ)، (ب): (ما على يراه القاضي)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(١٢) في (ج): (إجارة).
(١٣) في (ج): (بالمهايآت).

ذلك في العقد، أو لا، (وَأَخْذُ الْغَلَّةِ)[١]؛ لحدوث منافعه (فِي نَوْبَتِهِ)[٢].

(و)تجوز المهايأة[٣] (فِي عَبْدٍ يَخْدُمُ هَذَا) الشريك (يَوْماً)، ويخدم (هَذَا) الشريك الآخر (يَوْماً)[٤].

(و) تجوز في (عَبْدَيْنِ يَخْدُمُ أحدهما [أحدهما][٥] وَالآخر الْآخَرَ) برفع الأول، ونصب الثاني؛ أي: يخدم العبد الآخر الشريك الآخر [أحدهما][٦] جاز هذا عند أبي يوسف ومحمد؛ لأنَّ القسمة على هذا الوجه جائزة إمّا بجبر القاضي، أو التراضي، فكذا المهايأة[٧]، [وقيل: إنّ عند أبي حنيفة، لا يقسم القاضي، وهكذا روي عنه؛ لأنَّه لا يجري فيه الجبر عنده، والأصح: أنّه يقسم القاضي عنده؛ لأنَّ المنافع من حيث الخدمة[٨] قلما تتفاوت[٩]، ولهذا لم يذكر المصنِّف ههنا خلافا][١٠][١١].

(وَلَوْ اتَّفَقَا)؛ أي: الشريكان في الصورة المذكورة على (أَنَّ نَفَقَةَ كُلِّ عَبْدٍ عَلَى مَنْ يَخْدُمُهُ جَازَ اسْتِحْسَاناً بِخِلَافِ الْكِسْوَةِ) للمسامحة[١٢] في طعام

(١) في (ج): (العلة).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٣٢/٧)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (٤٢٦/٢).
(٣) في (ج): (المهايآت).
(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٣٥/٤).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) سقط من: (أ)، (ب).
(٧) في (ج): (المهايآت).
(٨) في النسخ الثلاثة: (الخذمة)، والصواب ما أثبتناه.
(٩) الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٣٥/٤).
(١٠) من قوله: (وقيل: إن عند أبي حنيفة) إلى قوله: (ههنا خلافا) سقط من: (ج).
(١١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٣٥/٤)، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٨٢/٧).
(١٢) في (أ)، (ب): (للمسامحه)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

المماليك عادة، ولا يتسامح في كسوتهم إلا نادراً، أو الحكم الغالب الأحوال[(١)].

وتجوز[(٢)] (فِي دَارَيْنِ يَسْكُنُ هَذَا) الشريك (هَذِهِ) الدار، (و) يسكن (هَذَا) الشريك الدار (الأخرى)[(٣)].

(وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي دَابَّةٍ، أو دَابَّتَيْنِ) عند أبي حنيفة (إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا)؛ أي: بتراضي الشريكين (خِلَافاً لَهُمَا)، فإنّ عندهما: يجوز ذلك اعتباراً بقسمة الأعيان، ولأبي حنيفة: إنّ الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين، فربّ راكب حاذق[(٤)]، وآخر أخرق[(٥)(٦)]، فيتفاوت الاستعمال تفاوتاً فاحشاً بخلاف العبد الواحد يخدم هذا يوماً، وهذا يوماً على ما مَرَّ آنفاً، والفرق: أنّ العبد يخدم باختياره، فلا يتحمل زيادة على طاقته، والدّابة مجبورة، فربمّا يعطب بالاستعمال الأخرق[(٧)(٨)].

وأمّا التهايؤ في الاستقلال[(٩)]، فقد بيّنه المصنِّف بقوله: (وَتجُوزُ)؛ أي: المهايأة (فِي اسْتِغْلَالِ دَارٍ، ودَارَيْنِ [أ/٣٩١] هَذَا هَذِهِ، وَهَذَا الأخرى لَا)؛ أي: لا تجوز[(١٠)] المهايأة (فِي اسْتِغْلَالِ عَبْدٍ، أو دَابَّةٍ)، وإنّما

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٨٠/٢)؛ الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٣٤).
(٢) في (ج): (ويجوز).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٣١/٧).
(٤) الحذق والحذاقة: مهارة في كل العمل، تقول: حَذَق وحَذِق في عمله يَحذُق ويَحذِق، فهو حاذق. ينظر: تهذيب اللغة: (٢٣/٤).
(٥) في (ج): (أحذق).
(٦) أخرق: هو الذي لا يحسن العمل. ينظر: كتاب الألفاظ لابن السكيت: (ص: ١٣٨).
(٧) في (ب، ج): (الأحذق).
(٨) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٧٤/٢٠)؛ الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٣٥/٤).
(٩) في (ج): (الاشتغلال).
(١٠) في (أ): (لا يجوز)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

جازت[١] التهايؤ في استغلال الدار الواحدة دون استغلال العبد، أو الدابة الواحدة؛ لأنَّ النصيبين يتفاوتان في الاستيفاء، والاعتدال ثابت في الحال، والظاهر بقاؤه في العقار؛ وتغيره في الحيوان لتوالي[٢] أسباب التغير على الحيوان، فتفوت[٣] المعادلة بسبب ذلك التغير.

(وَمَا زَادَ فِي نَوْبَةِ أحدهما) من الاستغلال (فِي الدَّارِ الواحدةِ مُشْتَرَكٌ) بينهما (لَا فِي الدَّارَيْنِ)، والفرق: أنّ في الدارين معنى التمييز، والإفراز راجح؛ لاتحاد زمان الاستيفاء، فاختص كل منهما بما أفرز له، وفي الدار الواحدة زمان الاستيفاء متعاقب، فاعتبر قرضاً، وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن الآخر، فلهذا يرد عليه حصته من الفضل (فِي اسْتِغْلَالِ عَبْدَيْنِ) مشتركين (هَذَا هَذَا، وَهَذَا الآخر لَا يَجُوزُ) عند أبي حنيفة (خِلَافاً لَهُمَا): فإنّه يجوز عندهما اعتباراً بالتهايؤ في المنافع، ولأبي حنيفة: إنّ التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد، فأولى أن يمتنع الجواز، التهايؤ في الخدمة إنما تجوز[٤] ضرورة، ولا ضرورة في الغلة؛ لإمكان قسمتها؛ إذ هي عين، (وَعَلَى هَذَا) الخلاف (الدَّابَّتَانِ)؛ يعني: لا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما، والوجه هو ما تقدم بيانه في الركوب[٥].

(وَلَا تَجُوزُ فِي ثَمَرِ شَجَرٍ، أو لَبَنِ غَنَمٍ، أو أَوْلَادِهَا)؛ يعني: لو كان نخل، أو غيره من الشجر، أو غنم بين اثنين، فتهايئا على أنْ يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها، أو يرعاها، ويشرب ألبانها، ويأكل من أولادها لا يجوز؛ لأنَّ المهايأة في المنافع ضرورة[٦] أنّها لا تبقى، فيتعذر

---

(١) في (ج): (جاز).
(٢) في (أ): (التوالي)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٣) في (أ): (فتفاوت)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٤) في (ب): (جوز)، وفي (ج): (يجوز).
(٥) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٧٧)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢/٤٢٦).
(٦) في (ج): (ضرره).

قسمتها، وهذه أعيان باقية ترد عليه القسمة عند حصولها، وإنْ أريد المهايأة فيها، فالحيلة أنْ يبيع كل منهما حصته من الآخر، ثمّ يشتري كلها بعد مضي نوبته، أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب[(١)] صاحبه؛ لأنَّ قرض المشاع جائز[(٢)].

(وَتَجُوزُ فِي عَبْدٍ، وَدَارٍ[(٣)] عَلَى السُّكْنَى، وَالْخِدْمَةِ) صورته: رَجلان مشتركان في عبد، ودار، فاصطلحا على أنْ يسكن أحدهما الدار، [ويستخدم الآخر العبد، فهو جائز، ويكون[(٤)] حصة كل منهما][(٥)] مقابلاً بما في يده من الآخر[(٦)].

(وَكَذَا) الحال (فِي كُلِّ مُخْتَلِفَيْ الْمَنْفَعَةِ) كسكنى الدار، وزروع[(٧)] الأرضين، وكذا الحَمَّام، والدار على قياس العبد، والدار[(٨)].

(وَلَا تَبْطُلُ الْمُهَايَأَةُ بِمَوْتِ أحدهما[(٩)]، وَلَا بِمَوْتِهِمَا)؛ يعني: لو كان

---

(١) في (أ): (نصيب)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٢) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٤٢٦/٢)؛ الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٣٤).

(٣) في (ج): (في دار وعبد).

(٤) في (ج): (وتكون).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) لأنَّ ما هو المقصود لكل واحد منهما يجوز استحقاقه بالمهايأة عند اتحاد الجنس، فعند اختلاف الجنس أولى، وعلى الغلة باطل في قول أبي حنيفة - رَحِمَهُ اللَّهُ - وهو جائز في قولهما؛ لأنَّ عند أبي حنيفة - رَحِمَهُ اللَّهُ - غلة العبد لا تستحق بالتهايؤ، واعتبار هذا الجانب يبطل العقد، واعتبار جانب غلة الدار يصححه، ويتمكن المفسد من أحد الجانبين بفساد العقد كما لو باع داراً بألف درهم، ورطل من خمر. ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٧٥/٢٠)؛ الاختيار لتعليل المختار: (٨١/٢).

(٧) في (ب، ج): (ومزروع).

(٨) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٨١/٢)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٣٤).

(٩) في (ج): (إحديهما).

الشريكان يتهايئان في شيء ممّا ذكره إمّا بتراضيهما[١]، أو بحكم[٢] القاضي، فماتا جميعاً، أو مات أحدهما، لا تبطل المهايأة، بل ينتقل ما يخص[٣] كلّاً منهما إلى ورثته؛ لأنَّه لو انتقض يحتاج إلى استيفائه[٤]، فلا فائدة في النقض، ثمّ الاستئناف[٥].

(وَلَوْ طَلَبَ أحدهما الْقِسْمَةَ) بطلب المهايأة معناه فيما يحتمل القسمة؛ لأنَّ القسمة أقوى في استكمال المنفعة، فتجب القسمة[٦].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) في (أ): (متراضيهما)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٢) في (أ): (يحكم)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٣) في (ب): (ما يحض).
(٤) في (ج): (استئنافه).
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٣٥/٤)، وبداية المبتدي: (ص: ٢١٤).
(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٨٠/٢)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٧٦/٥).

كِتَابُ الْمُزَارَعَةِ

(هِيَ) لغةً: مفاعلة من الزراعة؛ بمعنى: الحراثة، والفلاحة[(١)]، وهي شرعاً: [ب/٣٩١] (عَقْدٌ عَلَى الزَّرْعِ)؛ أي: الحراثة (بِبَعْضِ الْخَارِجِ) على ما شرطه[(٢)] العاقدان؛ يعني: إنّ العامل يعين له مقدار[(٣)] من الزرع يخرج من الأرض[(٤)].

(وَهِيَ)؛ أي: المزارعة بهذا المعنى (فَاسِدَةٌ) عند أبي حنيفة؛ لحديث رافع بن خديج[(٥)] «أنّه ﷺ نهى عن المخابرة»[(٦)]، وهي مزارعة الأرض على الثلث، أو الربع[(٧)]؛ ولأنّها استئجار أرض ببعض ما يخرج من عمله،

---

(١) ينظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: (ص: ١٠١).

(٢) في (أ)، (ب): (شرط)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٣) في (ج): (مقداراً).

(٤) ينظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: (ص: ١٤٩)، والقاموس المحيط: (ص: ٧٢٥).

(٥) هو رافع بن خديج بن رافع الأَنْصَارِي الأوسي الحارثي: صحابيّ، كان عريف قومه بالمدينة، وشهد أحداً والخندق، توفي في المدينة متأثراً من جراحة، روى عن النبي ﷺ ٧٨ حديثاً. الأعلام، للزركلي: (١٢/٣).

(٦) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، بلفظ: (أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة، وعن بيع الثمرة حتى تطعم، ولا تباع إلا بالدراهم والدنانير، إلا العرايا). كتاب: البيوع، باب: النهي عن المحاقلة والمزابنة، وعن المخابرة (١١٧٤/٣)؛ رقم الحديث (١٥٣٦).

(٧) ينظر: غريب الحديث، لابن قتيبة: (١٩٦/١)، والتعريفات: (ص: ٢٠٧).

فكان في معنى قفيز الطحان[١] كما مَرَّ في الإجارة.

(وَعِنْدَهُمَا): هي (جَائِزَةٌ)؛ «لأنّه ﷺ دفع نخيل خيبر إلى أهلها معاملة، وأرضها مزارعة على نصف ما يخرج من ثمر، وزرع»[٢][٣]، (وَبِهِ) عمل الصحابة، والتابعون، والصالحون إلى يومنا هذا بلا نكير، وبمثله يترك خبر الواحد[٤]، والقياس، ولهذا قالوا: به (يُفْتَى)؛ أي: يعمل بقولهما في الجواز[٥].

(قَالَ الْحَصِيرِيُّ)[٦] وهو محمد بن عبد العزيز الأوزجندي جد قاضي خان[٧]: (وَأَبُو حَنِيفَةَ هُوَ الَّذِي فَرَّعَ هَذِهِ الْمَسَائِلَ عَلَى أُصُولِهِ)؛ أي: هو الذي بَيَّن المزارعة؛ وفصّل وجوهها، وعَلَّمها للناس كسائر مسائل الفقه، وإنْ كان أصلها فاسداً عنده (لِعِلْمِهِ) في زمانه (أَنَّ النَّاسَ لَا يَأْخُذُونَ بِقَوْلِهِ)، ولا يتركونها، فبيّنها لهم تفضُّلاً منه، وإنْ لم يعمل بها، ثمّ إذا[٨] كان العمل فيها على قول أبي يوسف ومحمد؛ فيحتاج في تصحيحه إلى

---

(١) «قفيز الطحان: هو أن يستأجر رَجلاً ليطحن له حنطة معلومة بقفيز من دقيقها». لسان العرب: (٣٩٥/٥)، «والقَفيزُ: مكيال، وهو أيضاً مقدار من مساحة الأرض». العين: (٩٢/٥)؛ تهذيب اللغة: (٨٣٣٠).

(٢) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، بلفظ: (أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع). كتاب: المساقاة، باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١١٨٦/٣)؛ رقم الحديث (١٥٥١).

(٣) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣٢٤/٢).

(٤) خبر الواحد: هو كلُّ خبر يرويه الواحد والاثنان فَصاعداً، لا عبرة للعدد فيه بعد أن يكون، دون الشهرة والتواتر. ينظر: كشف الأسرار: (٥٣٨/٢) وإفاضة الأنوار: (١٩١/١).

(٥) ولأنّه عقد شركة بين المال، والعمل، فيجوز اعتباراً بالمضاربة، والجامع دفع الحاجة، فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل، والقوي عليه لا يجد المال، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٣٧/٤).

(٦) محمود بن عبد العزيز، أبو القاسم، الملقب شمس الدين جد قاضي خان. الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١٦٠/٢).

(٧) ينظر: خليج البحار: ص١٣١.

(٨) في (ج): (إن).

شروط وقيود، حاول[1] المصنِّف بيانها فقال: (وَيُشْتَرَطُ فِيهَا) أمور منها[2]:

(صَلَاحِيَةُ الْأَرْضِ لِلزَّرْعِ)[3]؛ لأنَّ المقصود لا يحصل بدونه، (وَ) منها (أَهْلِيَّةُ الْعَاقِدَيْنِ)؛ أي: الحرية والتكليف، (وَ) منها (تَعَيُّنُ الْمُدَّةِ)؛ أي: مدة يتمكن فيها من الزراعة حتّى [لم][4] تذكر أصلاً، أو ذكر ما لا يتمكن فيه من الزراعة، أو لا يعيش أحدهما إليه غالباً فسد العقد، وذكر مشايخ بلخ[5][6]: إنّ التوقيت ليس بشرط[7].

(وَ) منها: (رَبِّ الْبَذْرِ)؛ أي: بيان مَنْ عليه البذر قطعاً للمنازعة، وإعلاماً للمعقود عليه، وهو [منافع الأرض، أو][8] منافع العامل، ويلزم من هذا بيان من لا بذر من قبله.

(وَ) منها: بيان (جِنْسِهِ)؛ أي: بيان جنس البذر ما هو؟ ليصير الأجر معلوماً، فإنّه يحصل منه.

(وَ) منها: بيان (نَصِيبِ الْآخَرِ)؛ أي: من ليس عليه البذر؛ فإنّه يستحق ذلك عوضاً عن عمله بالشرط، فلا بدَّ أنْ يكون نفسه، [و][9] ما يستحقه من الخارج معلوماً؛ لأنَّ ما لا يعلم، ومن لا يعلم لا يصلح أنْ يكون مستحِقاً، ولا مستحَقاً.

(وَ) منها: (التَّخْلِيَةُ بَيْنَ الْأَرْضِ، وَالْعَامِلِ) بأنْ يخلي رب الأرض

---

(١) في (ج): (حال).
(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٣/٧٥)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٧٨).
(٣) في (أ)، (ب): (المزرع)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) في (ج): (بلخي).
(٦) ينظر: خليج البحار: ص٢٢٨.
(٧) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٧٨).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) سقط من: (ج).

بينها، وبين العامل بحيث لا يبقى له فيها تصرف، ولا بدَّ حتى لو شرط أن يعمل رب الأرض، أو غلامه مع العامل يفسد [العقد][(١)] لفوات التخلية.

(وَ) منها: (الشِّرْكَةُ فِي الْخَارِجِ) من الأرض بعد حصوله؛ لأنَّه ينعقد إجارة ابتداء، ويتم شركة انتهاء، وكل شرط يؤدي إلى قطع الشركة في الخارج يكون مفسداً للعقد[(٢)].

قوله: (فَتَفْسُدُ) إلى آخره شروع في بيان الشروط المفسدة للمزارعة بعد أنْ بين الشروط المصححة لها؛ يعني: أنّها تفسد عند من جوزها أيضاً (إنْ شُرِطَ لِأَحَدِهِمَا [٣٩٢/أ] قفزان مُعَيَّنَةٌ) من الخارج؛ لاحتمال أنْ لا تخرج الأرض إلا هذه القفزان أو أقل، يكون هذا الشرط قاطعاً للشركة[(٣)].

قوله: (أو مَا يَخْرُجُ مِنْ مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ) معطوف على قوله: (قفزان معينة)؛ أي: تفسد أيضاً إن شرط لأحدهما ما يخرج من موضع مخصوص من الأرض[(٤)] (كَالْمَاذِيَانَاتِ): هي جمع ماذيان، وهو ماء أصغر من النهر، وأعظم من الجدول ـ فارسي معرب ـ، وقيل: هو مكان يجتمع فيه ماء السيل[(٥)]، ثمّ يُسقى به الزرع[(٦)].

(وَالسَّوَّاقِي): جمع ساقية، وهي أنهار صغار فوق الجداول يزرع عليها الخضروات[(٧)]، والمراد بهما ههنا: هي المواضع التي يكون الخارج منها أجود من الخارج في غيرها من المواضع[(٨)].

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٧٨).
(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٣/٧٥).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٨٠).
(٥) في (أ): (السبل)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٦) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٤٣٨)؛ دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون: (٣/١٣٩).
(٧) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٢٢٩)؛ دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون: (٣/١٣٩).
(٨) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (١/٣٧١).

(أو) شرط (أَنْ يَرْفَعَ) رب البذر (قَدْرَ الْبَذْرِ)[(١)].

(أو) شرط أن يرفع قَدْر (الْخَرَاجِ) الموظف[(٢)]، (وَيَقْسِمَ مَا يَبْقَى) بينهما حيث يفسد في الصورتين لاحتمال أنْ لا يحصل إلا ذلك القَدْر، وأما إذا كان خراج مقاسمة[(٣)] نحو الثلث، والربع، فيجوز كما إذا شرطا رفع العشر، وقسمة الباقي، والأرض عشرية[(٤)].

(أو) شرط (أَنْ يَكُونَ التِّبْنُ لِأَحَدِهِمَا، وَالْحَبُّ لِلْآخَرِ)[(٥)].

(أو) شرط (أن يَكُونَ الْحَبُّ بَيْنَهُمَا، وَالتِّبْنُ لِغَيْرِ رَبِّ الْبَذْرِ) حيث يفسد في الصورتين؛ لأنَّه شرط مخالف لمقتضى العقد، وهو يؤدي إلى قطع الشركة؛ إذ ربما يصيبه آفة، فلا ينعقد الحَب، ولا[(٦)] يخرج إلا التبن[(٧)].

(أو) شرط أنْ (يَكُونَ التِّبْنُ بَيْنَهُمَا، وَالْحَبُّ لِأَحَدِهِمَا)؛ لأنَّه يؤدي[(٨)] إلى قطع الشركة فيما هو المقصود، وهو الحَب.

[قوله:][(٩)] (وَإِنْ شَرَطَ كَوْنَ الْحَبِّ بَيْنَهُمَا) إلى آخر شروع في بيان الشروط الغير المفسدة؛ يعني: إنْ شرطا أن يكون الحَب بينهما (وَالتِّبْنِ لِرَبِّ الْبَذْرِ، أَوْ شَرَطَ دَفْعَ الْعُشْرِ؛ صَحَّتْ)[(١٠)] لاشتراطهما[(١١)] الشركة فيما هو المقصود، وأعني: الحَب، فلا تنقطع الشركة، والفساد إنّما يدور مع

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٧٨/٦).
(٢) في (ج): (المواظف).
(٣) في (ج): (المقاسمة).
(٤) ينظر: العناية شرح الهداية: (٤٦٩/٩).
(٥) ينظر: النتف في الفتاوى، للسغدي: (٥٥١/٢).
(٦) في (ج): (فلا).
(٧) ينظر: النتف في الفتاوى للسغدي: (٥٥١/٢).
(٨) في (ج): (مفضى أو مقضى).
(٩) سقط من: (ج)
(١٠) في (ج): (صحة).
(١١) في (أ)، (ب): (لاشراطهما)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

القطع، وشرط رفع العشر غير مفسد لتحقق الشركة فيما وراه، (وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلتِّبْنِ)؛ أي: إن لم يبينا أنّه لمن يكون؟ (فَهُو بَيْنَهُمَا) على ما قاله مشايخ بلخ اعتباراً للعرف[1] فيما لم ينص عليه العاقدان، فهو تابع للحَب، وحكمه كحكمه[2].

(وَقِيل): إنّه يكون (لِرَبِّ الْبَذْرِ)؛ لأنَّه نماء[3] مِلْكه، ولا يحتاج إلى شرط بل يكفي السكوت عنه، ثمّ إنّ المصنِّف شرع في بيان المؤونات اللازمة للزرع غير العمل، فقال: (وَأَجْرُ الْحَصَادِ) بالفتح، أو الكسر [بيدر[4] خر من يري][5]، (وَالرِّفَاعِ): بالفتح، والكسر لغة، وهو نقل المحصود إلى محل البيدر[6]، (وَالدَّوس) وهو إدارة البقور بالوطء عليه؛ ليصلح [للتذرية][7][8].

(وَالتَّذْرِيَةِ): وهي ـ بالذال المعجمة ـ تمييز الحبوب عن تبنها[9]

(١) العرف لغةً: وهو من الشيء المعروف، وضد المنكر، والنكر، والمعروف كالعرف، والمعروف هنا: ما يستحسن من الأفعال كالخلق الجميل والحِلْم والبِر والصلة. ينظر: تفسير الكشاف، للزمخشري. (ص: ٨٣٦)، وقالوا: هو كل ما تعرفه النفس من الخير وتأنس به وتطمئن إليه، واستعمل بمعنى الشيء المألوف المستحسن. ينظر: تهذيب اللغة: (٢٠٧/٢)، والقاموس المحيط: (ص: ١٠٨١)، واصطلاحاً: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقَبُول. ينظر: خلاصة الأفكار شرح مختصر المنار: (ص: ١٨٩).

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٦٠/٢٣)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٣٧١/١).

(٣) في (ج): (بماء).

(٤) البيدر: هو الموضع الذي يداس فيه الطعام. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٣٧)، ولسان العرب: (٥٠/٤).

(٥) سقط من: (أ)، (ب).

(٦) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (١٢١/٢)، والمغرب في ترتيب المعرب: (ص: ١٩٣).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) ينظر: تهذيب اللغة: (٣١/١٣).

(٩) في (أ): (بينها)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

بالريح[(١)]، فأجرة كل من المذكورات، أو فعلها (عَلَيْهِمَا)؛ أي: على المزارع، ورب الأرض (بِالْحُصَصِ)؛ يعني: على وفق ما شرطا في قسمة الحَب؛ لأنَّ الخارج ملكهما، فالمؤونة فيه [عليهما][(٢)] بقَدْر المِلْك[(٣)].

(فَإِنْ شَرَطَ) ذلك جميعه (عَلَى الْعَامِلِ) في العقد؛ (فَسَدَتْ) المزارعة؛ لأنَّه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع لأحد العاقدين، فيفسد العقد به (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَصِحُّ، وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى)؛ لأنَّ التعامل قد جرى به[(٤)].

(وَشَرْطُهُ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ مُفْسِدٌ اتِّفَاقاً)؛ لعدم العرف فيه (وَمَا قَبْلَ الْإِدْرَاكِ) من الأعمال (كَالسَّقْيِ، وَالْحِفْظِ) والتعاهد إلى أن يدرك الزرع (فَهُوَ عَلَى الْمُزَارِعِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ) في العقد؛ لجريان العرف بذلك من غير نكير، فالحاصل: أن ما كان من العمل قبل إدراك الزرع، فهو على [ب/٣٩٢] العامل، وما كان بعد الإدراك قبل القسمة، فهو عليهما[(٥)] كالحصاد، وأخواته، ولو شرط على العامل؛ لا يجوز؛ لما ذكرنا، وما كان بعد القسمة كالحمل، والطحن، فهو عليهما بالإجماع[(٦)]، ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع[(٧)].

اعلم أنّ المزارعة بالتقسيم العقلي على سبعة أوجه، فتصح منها ثلاثة أوجه، وبيَّنها المصنِّف بقوله: (وَإِذَا كَانَ الْبَذْرُ، وَالْأَرْضُ لِأَحَدِهِمَا،

---

(١) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: (٨١٠/١).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٧٨/٣)، والعناية شرح الهداية: (٤٧٧/٩).
(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٣٦/٢٣)، والاختيار لتعليل المختار: (٧٨/٣).
(٥) في (أ)، (ب): (عليها)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٦) الاختيار لتعليل المختار: (٧٨/٣).
(٧) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٨٦/٨).

وَالْعَمَلُ، وَالْبَقَرُ لِلْآخَرِ، أَوْ كان **(الْعَمَلُ لِأَحَدِهِمَا، وَالْبَقِيَّةُ لِلْآخَرِ؛ صَحَّتْ)** أمّا الأول؛ فلأنَّ البقر آلة العمل، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط[(١)] بإبرة الخياط.

وأما الثّاني؛ فلأنَّه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج، فيجوز كما إذا استأجر الأرض بدراهم معلومة.

وأما الثالث؛ فلأنَّه [إذا][(٢)] استأجره للعمل بآلة المستأجر، [فصار كما إذا استأجر][(٣)] خياطاً ليخيط[(٤)] ثوبه بإبرة صاحب الثوب[(٥)].

(وَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ، وَالْبَقَرُ لِأَحَدِهِمَا، وَالْبَذْر، وَالْعَمَلُ لِلْآخَرِ؛ بَطَلَتْ) قالوا: هذا ظاهر الرواية، لكن روي عن أبي يوسف: إنّه جوزه؛ لأنَّه لو شرط البذر، والعمل على رب الأرض يجوز، فكذا إذا شرط البقر وحده، وصار كما لو شرط على العامل، وجه الظاهر: أنّ منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض بخلاف جانب العامل؛ لتجانس المنفعتين، فجعلت تابعة لمنفعة العامل[(٦)].

(وَكَذَا) تَبْطُلُ **(لَوْ كَانَ الْبَذْرُ، وَالْبَقَرُ لِأَحَدِهِمَا، وَالْأَرْضُ، وَالْعَمَلُ لِلْآخَرِ، أَوْ** كان **(الْبَذْرُ لِأَحَدِهِمَا، وَالْبَاقِي لِلْآخَرِ)** هذان، وجهان [فاسدان][(٧)] لم يذكرهما أكثر المصنفين؛ لظهور الفساد فيهما، أو لأنَّ

---

(١) في (ج): (ليحيط).
(٢) سقط من: (أ)، (ب).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) في (ج): (ليحيط).
(٥) ينظر: تحفة الفقهاء: (٢٦٦/٣)، والاختيار لتعليل المختار: (٧٦/٣).
(٦) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣٢٥/٢)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٣٥).
(٧) سقط من: (أ).

العرف لم يجريهما، والمصنِّف ذكرهما تتميماً للفائدة: أمّا فساد الأول؛ فلكونه شركة بين البذور، والعمل، ولم يرد به الشرع، وأمّا فساد الثاني؛ فلأنَّه لو شرط من أحدهما البقر وحده، [أو البذر وحده][١] لم يجز، فأولى أنْ لا يجوز إذا شرطا كلاهما معاً[٢].

(وَإِذَا صَحَّت) المزارعة، (فَالْخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ) الذي جرى بينهما لصحة الالتزام.

(وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ، فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ)؛ لأنَّها شركة في الخارج، ولا خارج، فصار كالمضارب إذا لم يربح[٣].

(وَمَنْ أَبَى) من العاقدين (عَنِ الْمُضِيِّ) على ما التزم من العمل (بَعْدَ الْعَقْدِ أُجْبِرَ) القاضي عليه إلا إذا كان له عذر تفسخ به الإجارة (إِلَّا رَبَّ الْبَذْرِ)؛ يعني: إذا كان الآبي من رب البذر، فحينئذ لا يجبر؛ لأنَّه لا يتوصل إلى الوفاء بالعقد إلا[٤] بإتلاف البذر، وفيه ضرر يلزمه، فلا يجبر عليه، وفي الكفاية[٥]: هذا قبل الإلقاء، وبعده يجب[٦].

(وَإِنْ فَسَدَتْ) المزارعة بوجه ممّا تقدم ذكره، أو غيره، (فَالْخَارِجُ لِرَبِّ الْبَذْرِ)؛ لأنَّه نماء مِلْكه، (وَلِلْآخَرِ أَجْرُ مِثْلِ عَمَلِهِ) إنْ كان هو العامل،

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٣٥)؛ اللباب في شرح الكتاب: (٢/٢٣٠).

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٣/٧٦).

(٤) في (ج): (أن).

(٥) ينظر: خليج البحار: ص٤٨٣.

(٦) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٨٢)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (٨/١٨٤).

(أو) أجر (أَرْضِهِ) إن [[كان]][١] رب الأرض، (وَلَا يُزَادُ) أجر مثله في الفصلين][٢] (عَلَى) مقدار (مَا شُرِطَ) له في المزارعة؛ لأنَّه رضي بسقوط الزيادة، وهذا عند الشيخين (خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ)، فإنّ عنده أجر مثله بالغاً ما بلغ؛ لأنَّه استوفى منافعه بعقد فاسد، فيجب عليه قيمتها؛ إذ لا مثل لها[٣].

(وَإِنْ فَسَدَتْ) المزارعة (لِكَوْنِ الْأَرْضِ، وَالْبَقَر[٤] فَقَطْ لِأَحَدِهِمَا لَزِمَ) [على][٥] الآخر الذي هو صاحب البذر (أَجْرُ مِثْلِهِمَا)[٦]؛ أي: أجر مثل الأرض، والبقر معاً (وَهُوَ الصَّحِيحُ)؛ أي: لزوم[٧] أجر الأرض، والبقر معاً كل واحد على الاستقلال؛ لأنَّ البقر له مدخل [أ/٣٩٣] في الإجارة[٨].

(وَإِذَا فَسَدَتْ) المزارعة (وَالْبَذْرُ لِرَبِّ الْأَرْضِ، فَالْخَارِجُ كُلُّهُ حِلٌّ لَهُ)؛ يعني: يطيب له جميعه؛ لأنَّه نماء بذره في أرضه[٩].

(وَإِنْ) كان البذر (لِلْعَامِلِ تَصَدَّقَ بِمَا فَضَلَ)؛ أي: بالمقدار الذي زاد، وتجاوز (عَنْ قَدْرِ بَذْرِهِ، وَ) عن (أُجْرَةِ الْأَرْضِ)؛ لأنَّه حصل من بذره لكن في أرض الغير بعقد فاسد[١٠]، فأوجب خبثاً، فما كان عوض ماله طاب له، وما لا عوض له تصدق به، (وَإِذَا أَبَى رَبُّ الْبَذْرِ عَنِ الْمُضِيِّ)

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٢٧٩/٦).
(٤) في (ج): (فالبقر).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (مثلها).
(٧) في (ج): (ولزم).
(٨) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٤٠/٤)، والعناية شرح الهداية: (٤٧٢/٩).
(٩) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٢٠/٢٣).
(١٠) في (ج): (فاسداً).

في المزارعة، (وَقَدْ كَرَبَ الْعَامِلُ الْأَرْضَ) يقال: كربت الأرض[١]: إذا قلبها للحرث، (فَلَا شَيْءَ لَهُ حُكْماً)، أو قضاء[٢]، (وَيُسْتَرْضَى[٣] دِيَانَةً)؛ أي: لا يستحق شيئاً من الأجر لعمل الكراب؛ إذ ليس له فائدة بدون الزرع، لكنّه فيما بينه وبين الله تعالى يلزم أن يطلب رضاء[٤]؛ لأنَّ رب البذر قد غرّه بذلك، فيسترضيه بما أمكن من الأجر، وغيره[٥].

(وَتَبْطُلُ الْمُزَارَعَةُ)؛ أي: تنفسخ (بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا) قبل الزراعة، فإن مات رب الأرض، وقد كربها العامل لا شيء له بمقابلة عمله؛ لأنَّ تقوم المنافع بالعقد، وهو على الخارج، ولا خارج، وأجر المثل إنّما هو بفساد العقد، ولم يفسد[٦].

(وَتُفْسَخُ) أيضاً (بِالْأَعْذَارِ كَالْإِجَارَةِ)، وقد تقدم بيان وجهه في الإجارات[٧]، (فَتُفْسَخُ)؛ أي: جاز[٨] فسخها، ولو بعد الكراب (إِنْ لَزِمَ دَيْنٌ) على رب الأرض (مُحْوِجٌ)؛ أي: ملجىء له[٩] (إِلَى بَيْعِ الْأَرْضِ قَبْلَ نَبَاتِ الزَّرْعِ) كما في الإجارة[١٠] (لَا بَعْدَهُ)؛ أي: لا تفسخ بعد نبات

---

(١) كراب الأرض: أكربها كرباً وكراباً: إذا أثرتها للزَّرْع أو قلبتها للحرث. ينظر: جمهرة اللغة: (٣٢٨/١)؛ الصحاح تاج اللغة: (٢١١/١)؛ المحكم والمحيط الأعظم: (١٠/٧)؛ المخصص: (٩٥/٣).

(٢) لأنَّ عمله إنما يتقوم بالعقد، والعقد قوم العمل بجزء من الخارج، ولا خارج بعده. ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣٢٧/٢).

(٣) في (ب، ج): (ويسترضى).

(٤) في (ج): (رضاه).

(٥) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣٢٧/٢)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٣٦).

(٦) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٨٢/٥)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣٢٧/٢).

(٧) في (ج): (الإجارة).

(٨) في (ج): (جار).

(٩) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: (٥٧٧/١).

(١٠) في (ج): (الإجارات).

الزرع (مَا لَمْ يُحْصَدْ)؛ يعني: لو نبت الزرع، ولم يستحصد لم تبع الأرض في الدَّين حتى يبلغ الزرع حد الحصاد؛ لأنَّ في البيع، والفسخ إبطال حق المزارع[(١)]، وفي عدمه تأخير حق الغرماء، وهذا أهون من الإبطال، (وَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ إنْ كَانَ كَرَبَ الْأَرْضَ، أَوْ حَفَرَ النَّهْرَ) ثمّ بيعت؛ لأنَّ المنافع إنّما تقدَّم[(٢)] بالعقد، وهو إنّما هو قُوّم بالخارج، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء[(٣)].

(وَإِنْ تَمَّتْ مُدَّتُهَا)؛ أي: نقضت المدة المضروبة للمزارعة (قَبْلَ إدْرَاكِ الزَّرْعِ؛ فَعَلَى الْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِ حِصَّتِهِ مِنَ الْأَرْضِ) لصاحبها (حَتَّى يُدْرِكَ) الزرع؛ لأنَّه استوفى بعض منفعة[(٤)] الأرض لتربية حصته فيها إلى وقت الإدراك[(٥)].

(وَنَفَقَةُ الزَّرْعِ) عطف على جواب الشرط؛ أي: إن تمت المدة قبل إدراك الزرع، فنفقة الزرع كأجرة السقي، ونحوه من العمل (عَلَيْهِمَا)؛ أي: العامل ورب الأرض (بِقَدْرِ حِصَصِهِمَا) إلى أنْ يستحصد؛ لأنَّ في تبعية[(٦)] الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين، فصار إليه، وإنّما كان العمل عليهما؛ لأنَّ العقد قد انتهى بانتهاء المدة، وهذا عمل في المال المشترك، فتكون المؤونة عليهما معاً كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب، (وَأَيُّهُمَا أَنْفَقَ) على الزرع (بِغَيْرِ إذْنِ الْآخَرِ، وَلَا أَمْرِ قَاضٍ، فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ)؛ أي: لو أنفق أحد المزارعين؛ أعني: رب الأرض، والعامل من غير أنْ يأذن له الآخر بذلك، أو من غير أنْ يأمره القاضي به، فهو متطوع في

---

(١) في (ج): (المزارعة).

(٢) في (ج): (تتقوم).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٨٢/٦)، والهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٤٠/٤).

(٤) في (ج): (منفعت).

(٥) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٣٧٢/١)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين: (رد المحتار): (٢٨٠/٦).

(٦) في (ب، ج): (تبقية).

ذلك؛ لأنَّه لا ولاية له عليه، وعلم من القيدين المذكورين أنّ أحدهما لو أنفق بإذن الآخر، أو أمر القاضي، فإنّه يرجع على الآخر بحصته من ذلك(١).

(وَلَيْسَ لِرَبِّ الْأَرْضِ أَخْذُ الزَّرْعِ) حال كونه (بَقْلاً)؛ لأنَّ ذلك يضر بالمزارع(٢).

(وَإِنْ أَرَادَ [ب/٣٩٣] الْمُزَارِعُ ذَلِكَ)؛ أي: لو أراد المزارع أن يأخذه بقلاً (قِيلَ لِرَبِّ الْأَرْضِ: اقْلَعْ الزَّرْعَ لِيَكُونَ بَيْنَكُمَا، أَوْ أَعْطِهِ)؛ أي: أعطِ المزارع (قِيمَةَ نَصِيبِهِ)(٣) من الزرع البقل، أو استبقه لك، (أَوْ أَنْفِقْ أَنْتَ عَلَى الزَّرْعِ) إلى أنْ يستحصد، (وَارْجِعْ) على المزارع (فِي حِصَّتِهِ) مما أنفقته عليه؛ لأنَّ المزارع لما امتنع من العمل؛ لا يجبر عليه، وقد كان في بقاء العقد نظر له، لكنّه قد ترك النظر لنفسه، ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات؛ لأنَّه بكل ذلك يستدفع الضرر(٤).

(وَلَوْ مَاتَ رَبُّ الْأَرْضِ وَالزَّرْعُ) بعد (بَقْلٌ؛ فَعَلَى الْعَامِلِ الْعَمَلُ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ)؛ لأنَّ العقد حينئذ يبقى في مدته، والعقد يستدعي العمل على العامل(٥).

(وَإِنْ مَاتَ الْعَامِلُ، فَقَالَ وَارِثُهُ: أَنَا أَعْمَلُ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ، فَلَهُ)؛ أي: للوارث (ذَلِكَ)؛ إذ لا ضرر على رب الأرض، وفيه نفع للوارث، فكان له ذلك(٦).

(وَإِن) ـ وصلية ـ (أَبَى رَبُّ الْأَرْضِ)، ولا أجر للوارث على عمله.

---

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٥٠/٢٣)؛ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٨٣/٥)
(٢) في (ج): (بالمزارعة).
(٣) في (ج): (نصيبه).
(٤) ينظر: العناية شرح الهداية: (٤٧٦/٩)، والبناية شرح الهداية: (٥٠٤/١١).
(٥) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٣٧٢/١)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين: (رد المحتار): (٢٨٢/٦).
(٦) ينظر: لسان الحكام: (ص: ٤٠٨)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣٢٧/٢).

كِتَاب الْمُسَاقَاة

هي لغةً: «مفاعلة من السقي»[(١)]، وشرعاً: (هِيَ دَفْعُ الشَّجَرِ) خصه بالذِّكر بناءً على أنّه أصل في هذا[(٢)] الباب، فإنّ النّص إنّما ورد فيه، [وغيره ملحق به بحاجة، فلا يخالف؛ لما سيأتي[(٣)] من التعميم، ولا مجال له هنا بزيادة قوله][(٤)] وغيره؛ إذ يأباه.

قوله: (إِلَى مَنْ يُصْلِحُهُ) بالسقي، والتربية، والحفظ (بِجُزْءٍ مِنْ ثَمَرِهِ) الخارج بعد العمل، والمراد: الجزء الشائع؛ إذ التعيين مفسد كما في المزارعة، ولو بدل الثمر بالخارج؛ لأدى إلى [دخول][(٥)] المزارعة في حد المساقاة، ومعنى الإصلاح فيه: القيام بما يحتاج إليه الشجر من تلقيحه، وتنظيف سواقيه، وسقيه، وحراسته، وغير ذلك مما يعود على الشجر بالنفع، ويقتضي حصول الثمر منه[(٦)].

(وَهِيَ)؛ أي: المساقاة (كَالْمُزَارَعَةِ حُكْماً) في أنّ الفتوى على

---

(١) المطلع على ألفاظ المقنع: (ص: ٣١٤).
(٢) في (ج): (هذه).
(٣) في (أ)، (ب): (سيىء)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) سقط من: (ب، ج).
(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٣/٧٩).

صحتها، (وَخِلَافاً) في أنّها باطلة عنده صحيحة عندهما، (وَشُرُوطاً)[١] أراد الشروط التي يمكن وجودها في المساقاة كأهلية العاقدين، وبيان نصيب العامل، والتخلية بين الأشجار، وبين العامل، والشركة في الخارج (إلى[٢] المُدَّةِ، فَإِنَّهَا تَصِحُّ بِلَا ذِكْرِهَا) استحساناً؛ لأنَّ الإدراك[٣] الثمر وقتاً معلوماً عادة، والتفاوت قليل، والثابت عادة كالثابت شرعاً، والقياس اشتراطها باعتبار اشتمال هذا العقد على الإجارة، وتعيين المدة لازم فيها[٤].

(وَتَقَعُ عَلَى أَوَّلِ ثَمَرَةٍ تَخْرُجُ) من الشجر إذا كانت المساقاة على الشجر؛ لأنَّ الثمار [لا بدَّ][٥] أن تدرك في وقت معلوم، وقلما يتفاوت ابتداء وانتهاء والثمرة الأولى متيقن دخولها في العقد[٦].

قوله: (وَفِي الرَّطْبَةِ عَلَى إِدْرَاكِ بَذْرِهَا) جواب عن سؤال تقديره لازم، وتقريره: إننا سلمنا قيام أول ثمرة مقام المدة المعلومة، لكن لو كانت المساقاة على الرطبة بأنْ دفع إليه رطبة على أنْ يكون البذر بينهما، ولم يذكرا مدة كيف تكون الحال؟، فأجاب: بأنّه كما أنّ الثمرة الأولى تقوم مقام المدة، فكذلك [انعقاد][٧] البذر في الرطبة ونحوها يقوم مقام إدراك الثمرة؛ لأنَّ له مدة معلومة لا بدَّ أن ينتهي إليها، فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع؛ لأنَّ ابتداءه يختلف كثيراً؛ إذ منه ما يقع في الخريف[٨]، ومنه ما يقع في الربيع[٩]، ومنه ما يقع بينهما، والانتهاء يكون بحسب

---

(١) في (ج): (شروط).
(٢) في (ج): (إلا).
(٣) في (أ)، (ب): (لإدراك)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٨٤/٥)، والعناية شرح الهداية: (٤٧٩/٩).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٧٩/٣)، والبناية شرح الهداية: (٥١٢/١١).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (أ): الحريق، وفي (ب)، (ج): (الحريف)، وما أثبتناه هو الصواب. ينظر: البناية شرح الهداية: (٥١٣/١١).
(٩) في (ج): (الشتاء).

الابتداء، فتتمكن[(١)] فيه الجهالة[(٢)].

(وَيُفْسِدُهَا)؛ أي: يفسد المساقاة (ذِكْرُ مُدَّةٍ) قليلة (لَا يَخْرُجُ الثَّمَرُ)، ولا ينعقد بذر الرطبة (فِيهَا) بأنْ دفع الأرض؛ ليغرس فيها الكرم [أ/٣٩٤] سَنَة، أو سنتين ببعض الخارج، فإنّه يعلم قطعاً أنّ الكرم لا يخرج الثمر فيها؛ لأنَّ المقصود بالمساقاة [الشركة في الخارج، وهذا الشرط يمنع المقصود، فيكون مفسداً للعقد][(٣)(٤)].

(وَإِن احْتُمِلَ خُرُوجُهَا وَعَدَمُهُ؛ جَازَتْ)؛ يعني: لو سميا مدة قد يبلغ[(٥)] الثمر، والبذر فيها، وقد يتأخر عنها جازت؛ لعدم العِلْم بفوات المقصود، بل هو مُتوهَّم في كل مزارعة ومساقاة بأن يصطلم[(٦)] الزرع، أو الثمر آفة سماوية، (فَإِنْ خَرَجَ فِيهَا) الضمير المستتر يعود إلى الثمر، والبارز يرجع إلى المدة المذكورة آنفاً؛ أي: إنْ خرج الثمر، والبذر في الوجه الثاني؛ (فَعَلَى الشَّرْطِ)؛ أي: يكون الخارج مشتركاً بينهما على ما شرطا لصحة العقد[(٧)].

(وَإِنْ تَأَخَّرَ عَنْهَا)؛ أي: إن لم يخرج الثمر، ولم يدرك البذر؛ (فَسَدَتْ)[(٨)] المساقاة[(٩)] لفساد العقد حينئذ؛ لأنَّه تبين الخطأ في المدة

---

(١) في (ج): (فتمكن).
(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٨٠/٣)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٨٤/٥).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣٢٨/٢)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٣٨).
(٥) في (ج): (بلغ).
(٦) في (أ): (يصطلح)، وما أثبتناه هو الصواب، ينظر: درر الحكام: ٣٢٨/٢.
(٧) ينظر: العناية شرح الهداية: (٤٧٨/٩)، والبناية شرح الهداية: (٥١٠/١١)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣٢٨/٢).
(٨) في (ج): (فسدة).
(٩) في (ج): (المساقات).

المسماة، (وَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ)؛ أي: [أجر][١] مثل عمله، ولا يزاد على ما شرط له من الثمر، وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ، [ولم يذكر المصنِّف هذا الشرط اكتفاءً بما قال في صدر الكتاب، وهي كالمزارعة، وهذا الشرط في المزارعة مذكور][٢]، (وَكَذَا كُلُّ مَوْضِعٍ فَسَدَتْ فِيهِ)؛ أي: إذا فسدت المساقاة بوجه من وجوه الفسادات، فإنّه يجب للعامل أجر مثله؛ لأنَّها في معنى الإجارة الفاسدة، (وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ؛ فَلَا شَيْءَ لَهُ) كالمزارعة إذا فسدت[٣][٤].

(وَتَصِحُّ الْمُسَاقَاةُ فِي النَّخْلِ، وَالْكَرْمِ وَالشَّجَرِ) ذكره مع انفهامه مما سبق من قوله: (وتقع على أول ثمرة)؛ دفعاً لما قاله الشافعي[٥]: إنّها لا تصح فيما عدا الكرم والنخل، له: إنّها إنّما تصح فيها؛ لحديث خيبر، ففي غيرهما بقي على القياس، وعندنا: تصح في جميع ما ذكر لحاجة الناس، (وَالرِّطَابِ) المراد منها: جميع البقول[٦]، (وَأُصُولِ الْبَاذِنْجَانِ، فَإِنْ[٧] كَانَ فِي الشَّجَرِ ثَمَرٌ إِنْ كَانَ) الثمر (يَزِيدُ بِالْعَمَلِ؛ صَحَّتْ)؛ يعني: أن يدفع نخلاً فيه ثمر مساقاة، والثمر يزيد [في العمل][٨] تصح المساقاة، (وَإِلَّا)؛ أي: وإنْ لم يزد بالعمل بأنْ كانت الثمرة قد انتهت؛ (فَلا)؛ أي: لا تصح[٩].

---

(١) سقط من: (أ)، (ب).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (لم يخرج).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٨٤).
(٥) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: (٧/٢٥٢)، والمجموع شرح المهذب: (١٤/٣٩٩).
(٦) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ١٩٠).
(٧) في (ج): (وإن).
(٨) في (ج): (بالعمل).
(٩) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٢٨٥)، والعناية شرح الهداية: (٩/٤٨٠).

(وَكَذَا) الحكم (فِي الْمُزَارَعَةِ لَوْ دَفَعَ أَرْضاً فِيهَا بَقْلٌ)؛ يعني: إذا دفع الزرع، وهو بقل؛ جاز[1]، وإن استحصد، وأدرك لم يجز؛ لأنَّ أخذ المنافع إنّما يستحق[2] بالعمل، ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك، فلو جوزناه؛ لكان استحقاقاً بغير عمل، ولم يرد به الشرع، (وَأَمَّا قَبْلَ الْإِدْرَاكِ كَالسَّقْيِ، وَالتَّلْقِيحِ، وَالْحِفْظِ؛ فَعَلَى[3] الْعَامِلِ)؛ لأنَّه من تمام عمله، (وَمَا بَعْدَهُ كَالْجِذَاذِ؛ وَالْحِفْظِ، فَعَلَيْهِمَا)[4].

(وَلَوْ شَرَطَ عَلَى الْعَامِلِ؛ فَسَدَتْ اتِّفَاقاً)؛ لأنَّه لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للآخر.

(وَتَبْطُلُ) المساقاة (بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا)؛ أي: المالك، والعامل؛ لأنَّها بمعنى الإجارة، وقد تقدم بيانه، (فَإِنْ كَانَ الثَّمَرُ خَاماً)؛ أي: نيئاً[5] (عِنْدَ الْمَوْتِ، أَوْ تَمَامِ الْمُدَّةِ يَقُومُ الْعَامِلُ، أَوْ وَارِثُهُ عَلَيْهِ) ـ وصلية ـ (أَبَى الدَّافِعُ، أَوْ وَرَثَتُهُ)، فيبقى العقد استحساناً دفعاً[6] للضرر عنه، ولا ضرر فيه على الآخر[7].

(فَإِنْ أَرَادَ الْعَامِلُ، أَوْ وَارِثُهُ صَرْمَهُ بُسراً)[8]؛ أي: لو أراد العامل على الثمر في المساقاة أن يقطع الثمر حال كونه بسراً؛ أي: خاماً[9] لا ينتفع به، ولا يصلح للأكل، والتزم دخول الضرر على نفسه بذلك

---

(١) في (ج): (جار).
(٢) في (ج): (تستحق).
(٣) في (ج): (فعل).
(٤) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٣٧٣/١)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٣٩).
(٥) ينظر: تكملة المعاجم العربية: (٢٠٠/٤).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: العناية شرح الهداية: (٤٨١/٩)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٣٧٣/١).
(٨) في (أ): (بسيراً)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٩) بسر: الباء والسين والراء أصلان: أحدهما الطراءة، وأن يكون الشيء قبل إناه؛ أي: قبل نضجه. ينظر: مقاييس اللغة: (٢٤٩/١)، والمعجم الوسيط: (٥٦/١).

(خُيِّرَ الْآخَرُ، أَوْ وَارِثُهُ)، أو ورثته (بَيْنَ أَنْ) يوافقوا على ذلك (يُقَسِّمُوهُ عَلَى الشَّرْطِ) الذي عقد[1]، والمساقاة عليه [ب/٣٩٤]، (أَوْ يَدْفَعُوا) للعامل، أو وارثه (قِيمَةَ نَصِيبِهِ، أَوْ يُنْفِقُوا) على الثمر من عندهم إلى أن يبلغ، (وَيَرْجِعوا) على الآخر بمقدار حصته (كَمَا) مر (فِي الْمُزَارَعَةِ)، وقد تقدم بيانه هناك، وإنّما يخير[2] الآخر؛ لأنَّ العامل، وإنْ [كان][3] لا يمنع عن إلحاق الضرر بنفسه، لكن ليس له إلحاق الضرر بالآخر، فكان التخيير أنظر له[4].

(وَلَا تُفْسَخُ بِلَا عُذْرٍ)؛ يعني: إذا عقدت المساقاة لزم المضي فيها، وإنْ أراد أحد المتعاقدين فسخها، فليس له ذلك، وإنْ لم يشرع العامل في العمل لكن تفسخ بالعذر كما مر في الإجارة، ثمّ إنّ المصنِّف ذكر بعض الأعذار التي تفسخ بها المساقاة، فقال: (وَمَرَضُ الْعَامِلِ إِذَا عَجَزَ عَنِ الْعَمَلِ عُذْرٌ)؛ يعني: أنّ مرضه عذر، لكن إذا كان ذلك المرض شديداً بحيث لا يمكنه العمل معه؛ لأنَّه حينئذ لا يمكنه المضي عليها إلا باستئجار من يعمل مكانه، وفي التزامه ذلك ضرر زائد، وهو لم يلتزمه بالعقد، فيجعل ذلك عذراً هذا في جانب العامل، وأمّا العذر في جانب الآخر[5]، فهو ما بينه بقوله: (وَكَذَا كَوْنُهُ)؛ أي: العامل (سَارِقاً) مشتهراً بذلك (يُخَافُ مِنْهُ عَلَى الثَّمَر، أَوْ السَّعَفِ) وهو بالتحريك جمع سعفة، وهي ورق النخل يعمل منه الزنبيل[6]، والحصير[7]،

(١) في (ج): (عقدوا).
(٢) في (أ)، (ب): (يحر)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٣) سقط من: (أ)، (ب).
(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٨٠/٣)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٣٧٣/١).
(٥) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٨٦/٥).
(٦) الزنبيل: الوعاء يحمل فيه. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (٥٠/٩).
(٧) في (ج): (الحضير). الحصير: والجمع حصر، وهو البساط الصغير منسوج من النبات، وسُمي حصيراً؛ لأنَّ بعضه حصر على بعض؛ أي: حبس. ينظر: تهذيب اللغة: (١٣٧/٤)؛ التلخيص في معرفة أسماء الأشياء: (ص: ١٦١).

ونحوهما[(١)]، وبالجملة[(٢)] إذا كان العامل غير مأمون[(٣)] يخاف منه على الشجر، أو على ثمره، ولم يكن المالك عالِماً بذلك، فعقد المساقاة معه، ثمّ علم بذلك، أو ظهر من العامل شيء من ذلك، فللآخر فسخ المساقاة؛ لأنَّه يلزمه ضرر[(٤)] لم يلتزمه، فيفسخ به هذا الأول عذر للعامل، والثاني عذر للمالك، وجاز كون الأول عذراً للمالك لو شرط على العامل أنْ يعمل بنفسه[(٥)].

(وَلَوْ دَفَعَ) مالك الأرض (فَضَاءً) منها؛ أي: موضعاً ليس فيه شجر[(٦)] ([مُدَّةً][(٧)] معلومة) لأجل المساقاة (لِمَنْ يَغْرِسُ) في ذلك الفضاء شجراً على سبيل الاشتراك (لِتَكُونَ الْأَرْضُ، وَالشَّجَرُ بَيْنَهُمَا؛ لَا يَصِحُّ) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلاً قبل الشركة لا بعمله، وهو الأرض، وهذا لم يرد في الشرع هو ولا نظيره ليقاس عليه، فلو دفع المالك الأرض، وغرس فيها العامل، فحكمه ما ذكره المصنِّف بقوله: (وَالشَّجَرُ لِرَبِّ الْأَرْضِ)؛ لأنَّه غرس برضاه، فصار تبعاً لأرضه، (وَلِلْغَارِسِ قِيمَةُ غَرْسِهِ) ـ بالكسر ـ اسم ما يغرس، وبالفتح مصدر[(٨)]، (وَعَمَلِه)[(٩)]؛ لأنَّه في معنى الإجارة[(١٠)] الفاسدة[(١١)]، وفيها يلزم أجر المثل، وقد تعذر [رد][(١٢)] الغرس؛ لاتصاله

(١) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: (٢/١٠٦٩).
(٢) في (ب): (وبالحملة).
(٣) في (ج): (مؤمن).
(٤) في (ج): (لأنَّه غيره ضرر).
(٥) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (١/٣٧٤).
(٦) ينظر: جمهرة اللغة: (٢/١٠٧٨).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٣٣٩).
(٩) في (ج): (ومحله).
(١٠) في (ج): (إجارة).
(١١) الإجارة الفاسدة: ما يكون مشروعاً بأصله لا بوصفه. التعريفات الفقهية: (ص: ١٧).
(١٢) سقط من: (ج).

بالأرض، فتجب على المالك قيمته للغارس[١]، وحيلة الجواز[٢]: أنْ يبيع نصف الأغراس بنصف الأرض، ويستأجر صاحب الأرض العامل ثلاث سنين مثلاً[٣] بشيء قليل ليعمل في نصيبه[٤].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) في (ج): (الغارس).
(٢) في (ج): (استجواز).
(٣) في (ج): (مثل).
(٤) ينظر: العناية شرح الهداية: (٩/٤٨٣)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢/٣٢٨).

كِتَابُ الذَّبَائِحِ

جمع ذبيحة، وهي فعيلة بمعنى مفعولة[(١)(٢)]، وفي الشرع: (الذَّبِيحَةُ: اسْمُ مَا يُذْبَحُ)؛ [أي: من شأنه][(٣)] أن يذبح، وهو يَصْدق على الذَّكر، والأنثى، وسائر[(٤)] ما يمكن فيه الذبح من[(٥)] الحيوان[(٦)].

(وَالذَّبْحُ)؛ أي: الذكاة[(٧)] على قسمين: اختياري، واضطراري:

والأول: هو (قَطْعُ الْأَوْدَاجِ)[(٨)] وهي[(٩)] عروق الحلق في الذبح[(١٠)].

والثاني: وهو الجرح في أيٍّ موضع كان[(١١)].

والثاني كالبدل من الأول؛ إذ لا يصار إليه إلا عند[(١٢)] العجز عن

---

(١) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ١٧٣).
(٢) في (ج): (مفعول).
(٣) في (ج): (أنه في شأنه).
(٤) في (ج): (وسائره).
(٥) في (ج): (في).
(٦) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ١٧٣)؛ التعريفات الفقهية: (ص: ٩٩).
(٧) ينظر: لسان العرب: (١٤/٢٨٨).
(٨) في (ج): (الأودج).
(٩) في (ج): (وذي).
(١٠) ينظر: العين: (٦/١٦٩).
(١١) ينظر: التعريفات الفقهية: (ص: ١٠٠).
(١٢) في (ج): (عذر).

الأول؛ لأنَّ التكليف بقَدْر الوسع[١] لا يقال: [أ/٣٩٥] لا يكون في المذبوح[٢] الأودجان، فكيف ذكرهما بصيغة الجمع، وأيضاً لا يكتفي الذكاة بقطعهما كما سيأتي، وتعريف الذبح المرادف الذكاة[٣] بهما لا يصح؛ لأن نقول: المراد بالأوداج[٤] ههنا: العروق التي تقطع مطلقاً، ولهذا أتى[٥] بصيغة الجمع، وأقله ثلاثة، فيتناول الودجين[٦]، والمريء على تغليب كما ورد في الحديث: «أَفْرِ الْأَوْدَاجَ بِمَا شِئْتَ»[٧].

(وَتَحِلُّ ذَبِيحَةُ مُسْلِمٍ، وَكِتَابِيٍّ ذِمِّيٍّ، أَوْ حَرْبِيٍّ) قال الله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥]؛ وذلك لأنَّهم يذكرون اسم الله تعالى عليها، فحل ذبيحتها[٨].

(وَلَوْ) كان الذابح (امْرَأَةً، أَوْ صَبِيّاً، أَوْ مَجْنُوناً يَعْقِلان) التسمية؛ أي: يعلمان أنَّ حِلَّ الذبيحة بها، فلو لم يعقلا[٩]، لا تحل ذبحتهما؛ لأن التسمية شرط بالنص.

(أَوْ) كان (أَخْرَسَ) إذا كان له إشارة معهودة في التسمية كما في الصلاة، وغيرها.

(أَوْ) كان (أَقْلَفَ) وهو الَّذي لم يُخْتَنْ[١٠]؛ لأنَّ الشرط هو التسمية،

---

(١) في (ج): (الواسع).
(٢) في (ج): (لمذبوح).
(٣) في (ب، ج): (للذكاة).
(٤) في (ج): (الأودج).
(٥) في (ج): (التي).
(٦) في (ج): (الأودجين).
(٧) أورده الزيلعي في نصب الراية، وقال عنه: غريب. كتاب الذبائح، (١٨٥/٤) رقم الحديث (٧)، وقال ابن حجر العسقلاني: لم أجد الحديث. ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية، كتاب الذبائح، (٢٠٧/٢) رقم الحديث (٩٠٣).
(٨) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٨٧/٥).
(٩) في (ج): (يعقل).
(١٠) ينظر: معجم ديوان الأدب: (٢٦٦/٢).

وهي باللسان[١].

(لا)؛ أي: لا تحل[٢] (ذَبِيحَةُ وَثَنِيٍّ) هو الذي يعبد غير الله تعالى من الأوثان، أو يشرك معه، أو غيره، تعالى الله من ذلك علواً كبيراً، وهو بشامل لعبدة[٣] الأصنام، والكواكب[٤].

(أَوْ مَجُوسِيٍّ) هو الذي يعبد النار[٥].

(أَوْ مُرْتَدٍّ مِنْ)[٦] ملة الإسلام ولو إلى ملة كتابي[٧][٨].

(أَوْ تَارِكِ التَّسْمِيَةِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] «ومطلق النهي يقتضي[٩] التحريم»[١٠].

(فَإِنْ تَرَكَهَا)؛ أي: الذابح التسمية حال كونه (نَاسِياً؛ تَحِلُّ) بعذر النسيان[١١][١٢].

[وقال الشافعي: تؤكل في الوجهين[١٣].

وقال مالك[١٤] في إحدى الروايتين عنه: لا تحل في النسيان][١٥]

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٨٧/٥).
(٢) في (ب): (لا يحل)، وفي (ج): (لا يجوز).
(٣) في (ج): (شام العبدة).
(٤) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: (٢٤٠٠/٣).
(٥) ينظر: المصدر السابق: (٢٠٧٠/٣).
(٦) في (ج): (في).
(٧) ينظر: المصدر السابق: (ص: ٤٦٢).
(٨) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٧٨/١).
(٩) في (ج): (تقتضي).
(١٠) ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: (٢٩٥/١).
(١١) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٧٨/١).
(١٢) في (ب، ج): (النسيان).
(١٣) ينظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي: (٤٥٩/١).
(١٤) ينظر: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات: (٣٤٢/٤).
(١٥) سقط من: (ج).

أيضاً؛ لظاهر ما ذكرنا في العمد، فإنّه لا فضل فيه، لكنا نقول: في اعتبار ذلك[١] من الحرج ما لا يخفى؛ لأنَّ الإنسان كثير[٢] النسيان، والحرج مدفوع، والنص المذكور غير مجرى على ظاهره؛ إذ لو أريد به ظاهره[٣] لجرت العادة، وظهر الانقياد، وارتفع الخلاف[٤] في الصدر[٥] الأول، وعلى هذا الخلاف[٦] إذا ترك التسمية عند إرسال البازي[٧] والكلب، وعند الرمي[٨].

قوله: (كَرِهَ أَنْ يَذْكُرَ مَعَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى غَيْرَهُ وَصْلاً دُون عَطْفٍ) إلى آخره، هذه المسألة على وجوه:

الأول: أنْ يذكر الغير مع اسم الله تعالى موصولاً، لكن من غير عطف نحو أنْ يقول: باسم[٩] الله محمدٌ رسول الله برفع محمد، فيكره، لكن لا تحرم الذبيحة أمّا الكراهة؛ فلوجود صورة القرآن في محل لو كان فيه غيره لكان محرماً؛ أعني: صيغة العطف، وأمّا عدم التحريم؛ فلأنّ التشريك لم يوجد، فلم يكن ممّا أهل به لغير الله.

والوجه الثّاني: قوله: (وَأَنْ يَقُولَ بِاسْمِ اللَّهِ اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ مِنْ فُلان) يريد به نفسه، أو من امرأة، أو غيرهما، وكراهة هذا دون كراهة الأول؛ لاحتمال توهم كون التسمية متعلقة بالدعاء [لا][١٠] لأجل الذبح[١١].

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (كتبه).
(٣) في (ج): (ظاهر).
(٤) في (ج): (استخلاف).
(٥) في (ج): (الصور).
(٦) في (ج): (استخلاف).
(٧) البازي: واحد البزاة التي تصيد، ضرب من الصقور. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (١١٢/٩)، ولسان العرب: (٧٢/١٤).
(٨) ينظر: تحفة الفقهاء: (٦٥/٣).
(٩) في (ج): (اسم).
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص: (٣٤٦/٧).

الثالث: قوله: (فَإِنْ قَالَهُ)؛ يعني: لو قال اللهم تقبل من فلان (قَبْلَ الْإِضْجَاعِ)؛ أي: قبل إضجاع الذبيحة للذبح (أَوْ) قاله قبل (التَّسْمِيَةِ؛ أَوْ) قاله (بَعْدَ الذَّبْحِ لَا يُكْرَهُ)؛ لعدم احتمال المذكور[(١)]، وانتفاء العطف، والوصل.

الرابع: قوله: (وَإِنْ عَطَفَ حُرِّمَتْ)؛ أي: عطف على اسم الله تعالى اسم غيره (نَحْوُ) أنْ يقول: (بِاسْمِ اللَّهِ، وَفُلان، بِالْجَرِّ) في (فلان)، أو باسم الله، [ب/٣٩٥] ومحمد رسول الله كذلك؛ يعني: بالجر فيهما حرمة[(٢)] الذبيحة بذلك؛ لأنَّهما أهل به لغير الله بسبب الشركة[(٣)].

(وَكَذَا إِنْ أَضْجَعَ[(٤)] شَاةً، وَسَمَّى، وَذَبَحَ غَيْرَهَا بِتِلْكَ التَّسْمِيَةِ) هذا النظير[(٥)] إنَّما هو في حرمة الأكل، لكن الأولى حذف لفظ كذا، وضم هذه المسألة إلى ما بعدها لا يظهر من التعليل؛ وذلك لأنَّ التسمية في ذكاة[(٦)] الاختيار مشترط عند الذبح، ثمّ هي تقع على المذبوح تارة، وعلى الآلة أخرى، ففي مسألتنا هذه لما وقعت على الشاة الأولى كانت الثانية ممّا لم يذكر اسم الله عليه، فلا تحل[(٧)].

(وَإِنْ ذَبَحَهَا)؛ أي: الشاة التي سمى عليها، وهي الأولى (بِشَفْرَةٍ) وهي سكين عظيم[(٨)] (أُخْرَى؛ حَلَّتْ)؛ لأنَّه اعتبار باختلاف الآلة هنا[(٩)].

---

(١) في (ج): (المذكورة).
(٢) في (أ)، (ب): (حرمت)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٥/١٠)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٦/٣٠٠).
(٤) في (أ): (اضجع)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٥) في (أ): (التنظر)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٦) في (ج): (أركان).
(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٤٧)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢/١٨١).
(٨) ينظر: العين: (٦/٢٥٤)؛ جمهرة اللغة: (٢/٧٢٩).
(٩) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٥/١٠)، والبناية شرح الهداية: (١١/٥٤٥).

(وَإِنْ رَمَى إِلَى صَيْدٍ وَسَمَّى)؛ يعني: سمى على السهم، ورمى به صيداً، (فَأَصَابَ غَيْرَهُ أَكَلَ؛ لأَنَّ التَّسْمِيَةَ) لما وقعت (عَلَى الآلَةِ)؛ كان الحل دائراً معها، ولذلك قال: وإنْ سمّى على سهم، ورمى بغيره؛ لا يأكل[١] ما أصابه سواء كان الذي رمى إليه، أو غيره؛ لأنَّ التسمية في الصيد تشترط عند الإرسال، وهي تقع على الآلة؛ لأنَّها تشترط[٢] عند فعل يقدر عليه، والمقدور له في الذكاة الاختيارية هو المذبوح، وفي الاضطرارية هو الآلة[٣].

(وَالإِرْسَالَ كَالرَّمْيِ)؛ يعني: إنّ إرسال الكلب، أو البازي إلى الصيد كالرمي بالسهم في أنّه إذا سمّى على كلبٍ، أو بازٍ، أو أرسله إلى صيد، فتركه، وأخذ غيره؛ فإنّه يحل ما أخذه، وإنْ سمّى ليرسله على صيد، ثمّ أرسل غيره، فأخذه لا يحل؛ لتبدل الآلة[٤].

(وَالشَّرْطُ الذِّكْرُ الْخَالِصُ)؛ أي: شرط التسمية المرادة بقوله[٥] جل وعلا: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٨] الآية، الذِّكر الخالص يعني: ذكر اسمه سبحانه وتعالى مجرداً عن[٦] إرادة شيء آخر سوى استحلال[٧] المسمّى عليه؛ لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنّه قال: «جَرِّدُوا[٨] التَّسْمِيَةَ»[٩].

---

(١) في (ب، ج): (لا يؤكل).
(٢) في (ج): (يشترط).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٥/٥٠)، والعناية شرح الهداية: (٩/٤٩٢).
(٤) ينظر: تحفة الفقهاء: (٣/٦٦).
(٥) في (ج): (زيادة: عز).
(٦) في (ج): (من).
(٧) في (ج): (استحل).
(٨) في (ج): (جروا).
(٩) هذا الأثر مروي عَن ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: جَرِّدُوا التَّسْمِيَةَ، قال الزيلعي: غَرِيبٌ. ينظر: نصب الراية: (٤/١٨٤)، وقال ابن حجر: (حَدِيث ابْن مَسْعُود: (جردوا التَّسْمِيَة) لم أَجِدهُ). الدراية في تخريج أحاديث الهداية: (٢/٢٠٦).

(فَلَوْ قَالَ) عند الذبح: (اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي، لَا يَحِلُّ)؛ لأنَّه دعاء، وسؤال من الله تعالى أنْ يغفر له لا مجرد تسمية.

(وَ) لو تلفظ (بِالْحَمْدِ لِلَّهِ، وَسُبْحَانَ اللَّهِ؛ يَحِلُّ) إذا كان يريد به التسمية فقط؛ لأنَّ ذلك ذِكْر مجرد، واشتماله على التنزيه والثناء لا يضر؛ لعود ذلك إلى الله تعالى، والمراد من التجريد: خلوه[1] عمّا يعود إلى العبد. ولذلك قال: (لَا)؛ أي: لا يحل.

[و][2] لو (عَطَسَ، وَحَمِدَ لَهُ)؛ أي: لو عطس عند الذبح، فقال: الحمد لله (يُرِيدُ) به الذِّكْر المعهود، وهو[3] (حَمْدَ اللَّهِ) تعالى (عَلَى النِّعْمَةِ) العطاس لم يكن ذلك ذكراً مجرداً، فلا يحل المذبوح به، وهذا فيه روايتان أصحهما هذه، ثمّ إنّ الأولى في تسمية الله تعالى عند الذبح ما تداولته النّاس، وروي[4] عن ابن عباس [رضي الله عنه][5]، وهو أنْ يقول: بسم الله، والله أكبر، ذكره في تفسيره[6][7] عند قوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا﴾ [الحج: ٣٦].

(وَالسُّنَّةُ)[8] في الذكاة: (نَحْرُ الْإِبِلِ) هو قطع العروق في أسفل العنق

---

(١) في (ب): (خلوة)، وفي ج: (حلوه).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (هو).
(٤) في (ج): (روى).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) تنوير المقباس من تفسير ابن عباس، لأبي طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، الشافعي المتوفى: (سنة ٨١٧)، وهو: أربع مجلدات. ينظر: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون (١/٥٠٢).
(٧) ينظر: تنوير المقباس من تفسير ابن عباس (ص: ٢٨٠).
(٨) السنة لغة: الطريقة، يقال: سنَّ فلان سنة حسنة أو قبيحة يسنها سناً، وقيل: السنة الطريقة المستقيمة المحمودة، ولذلك قيل: فلان من أهل السنة، وسننت لكم سنة فاتبعوها. ينظر: تهذيب اللغة: (١٢/٢١٠)، وجمهرة اللغة: (١/١٣٥)، و(تاج العروس ٣٥/٢٣١)، واصطلاحاً: فهي النافلة من العبادات منقولة عن النبي - ﷺ - وهي الطريقة المتبعة في الدِّين، ولم تكن من الفرض، ولا من الواجب كسنن ما قبل=

عند الصدر [إذ][١] اجتماع عروقها[٢]، وليس فيه لحم غليظ بخلاف ما فوقها، (وَذَبْحُ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ) لاجتماع عروقها في الحلق[٣] قال الله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ ۝٢﴾ [الكوثر: ٢]، وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا۟ بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧]، ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ ۝١٠٧﴾ [الصافات: ١٠٧]، وهو الكبش، (وَيُكْرَهُ الْعَكْسُ)؛ أي: نحر البقر، والغنم، وذبح الإبل؛ لترك السُّنَّة المتواترة[٤][٥].

والواو في [قوله][٦]: (وَيَحِلُّ) للعطف ظاهراً، لكنّها في معنى الحالية كالواو قبلها في قوله: (ويكره)؛ يعني: أنّ السُّنة [أ/٣٩٦] في ذكاة الاختيار أنْ ينحر الإبل، وذبح ما عداها [ويكره ذبح الإبل، ونحر ما عداها][٧]، لكن لو فعل ذلك؛ [كان][٨] جائزاً مع الكراهة، فيحل أكل كله؛ لحصول المقصود، وهو تسييل الدم.

ثمّ إنّه فسر الذبح، وأحال النحر على العرف حيث قال[٩]: (بَيْنَ الْحَلْقِ، وَاللَّبَّةِ) فالحلق هو الحلقوم؛ أعني[١٠]: مجرى النَّفْس، وهو على هيئة قصبة[١١]، واللَّبّة: ـ بفتح اللام، والباء المشددة ـ: وهو رأس

= الصلاة، وهي بهذا المعنى مطلوب فعلها على وجه الأفضلية بحيث يثاب فاعلها، ولا يعاقب تاركها. ينظر: شرح التلويح: (٣/٢)، والإحكام، للآمدي: (١٤٥/١).

(١) في (ج): (ههنا).
(٢) في (ج): (العروق).
(٣) في (ج): (الخلق).
(٤) المتواتر: وهو خبر جماعة يفيد بنفسه العلم بصدقه. التذكرة في علوم الحديث لابن الملقن: (ص: ١٧).
(٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١١/٥).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) في (ج): (كان).
(١٠) في (ج): (هي).
(١١) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (٤٤/٤).

الصدر[(١)]، فإن قيل: إنّ الغرض ههنا بيان موضع الذبح، وهو ليس ما ذكر، بل ما ورد في الحديث حيث قال ﷺ: «**الذَّكوَة مَا بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ**»[(٢)]، واللحيان: أسفل الحنك من الجانبين[(٣)]، قلنا: هو كذلك، لكن المصنِّف، ومن أطلق هذا اللفظ أراد من الحلق العقدة، أو ما فوقها مع أنّ[(٤)] سياق الكلام لا يساعده[(٥)]؛ أعني[(٦)] قوله: (**أَعْلَى الْحَلْقِ، أَوْ أَسْفَلَهُ، أَوْ أَوْسَطَهُ**)، وهذه عبارة الجامع الصغير[(٧)]، والأصل ما رويناه آنفاً[(٨)] [من][(٩)] كونه ما بين اللبة واللحيين، وإنّما اختير هذا الموضع؛

---

(١) ينظر: دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون: (٨٧/٢)؛ معجم لغة الفقهاء: (ص: ٣٨٨).

(٢) قال الزيلعي: (غَرِيبٌ بِهَذَا اللَّفْظِ، وَأَخْرَجَ الدَّارَقُطْنِيُّ فِي سُنَنِهِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ سَلَّامٍ الْعَطَّارِ، ثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ بُدَيْلُ الْخُزَاعِيُّ، عَن الزُّهْرِيِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ، قَالَ: بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بُدَيْلُ بْنَ وَرْقَاءَ الْخُزَاعِيَّ عَلَى جَمَلٍ أَوْرَقَ، يَصِيحُ فِي فِجَاجِ مِنًى: أَلَا إنَّ الذَّكَاةَ فِي الْحَلْقِ وَاللَّبَّةِ، انْتَهَى، قَالَ فِي التَّنْقِيحِ: هَذَا إسْنَادٌ ضَعِيفٌ بِمرَّةَ، وَسَعِيدُ بْنُ سَلَّام أَجْمَعَ الْأَئِمَّةُ عَلَى تَرْكِ الِاحْتِجَاجِ بِهِ، وَكَذَّبَهُ ابْنُ نُمَيْرٍ، وَقَالَ الْبُخَارِيُّ: يُذْكَرُ بِوَضْعِ الْحَدِيثِ، وَقَالَ الدَّارَقُطْنِيُّ: يُحَدِّثُ بِالْأَبَاطِيلِ، مَتْرُوكٌ، وَأَخْرَجَهُ عَبْد الرَّزَّاقِ فِي مُصَنَّفِهِ مَوْقُوفاً عَلَى ابْنِ عَبَّاسٍ، وَعَلَى عُمَرَ: الذَّكَاةُ فِي الْحَلْقِ وَاللَّبَّةِ) نصب الراية (١٨٥/٤)، وقال ابن حجر: (حَدِيث الذَّكَاة مَا بَين اللبة واللحيين لم أجدهُ، وَإِنَّمَا فِي الدَّارقطني من حَدِيث أبي هُرَيْرَة بعث رَسُول الله ﷺ بديل بن وَرْقَاء الْخُزَاعِيّ عَلَى جمل أَوْرَق يَصِيح فِي فجاج مِنى أَلا إِن الذَّكَاة فِي الْحلق واللبة وَإِسْنَاده واه، وَقد أخرج عبد الرَّزَّاق عَن عمر مثله مَوْقُوفاً، وَعَن ابْن عَبَّاس كَذَلِك)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية: (٢٠٧/٢)، بلفظ: (عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ قَالَ: الذَّكَاةُ فِي الْحَلْقِ وَاللَّبَّةِ)، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب: الضحايا، باب: الذَّكَاةِ فِي الْمَقْدُورِ عَلَيْهِ مَا بَيْنَ اللَّبَّةِ وَالْحَلْقِ (٤٦٧/٩)، رقم الحديث (١٩١٢٣).

(٣) ينظر: العين: (٢٩٦/٣).

(٤) في (أ): (إن).

(٥) في (ج): (يساعد).

(٦) في (ج): (عن).

(٧) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ٢٢٨/١١، وتبيين الحقائق: ٢٩٠/٥.

(٨) في (ج): (اتفاقه).

(٩) سقط من: (ج).

لأنَّه مَجْمع المجاري والعروق، (وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ فَوْقَ الْعُقْدَةِ) التي في أعلى الحلقوم، وجهه: أنّ العروق تشعب هناك، وتفترق يميناً وشمالاً، فلا يحصل الإنهار كاملاً، ووجه المشهور: أنّ العقدة قد تظهر، وقد لا تظهر، فوجب المصير إلى النص، وهو يتناول ما بين اللحيين واللبة، فيكون ما فوق العقدة وما تحتها سيان[(١)].

(وَالْعُرُوقِ الَّتِي تُقْطَعُ فِي الذَّكْوَةِ) أربعة:

(الْحُلْقُومُ): وهو مجرى النَّفس[(٢)].

(وَالْمَرِيءُ)؛ لأنَّه همزة، وهو مسلك الطعام والشراب، متصل بالحلقوم، هو الموافق[(٣)] بالكافي، والنهاية[(٤)(٥)]، وتهذيب[(٦)] الأزهري[(٧)(٨)]، وديوان الأدب[(٩)(١٠)]، والمغرب[(١١)]، والجمهرة[(١٢)(١٣)] من كتب اللغة، وفي

---

(١) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٧٦/١).
(٢) ينظر: الكنز اللغوي في اللسان العربي: (ص: ١٩٧).
(٣) في (ج): (الموفق).
(٤) ينظر: خليج البحار: ص٣٦٠.
(٥) ينظر: مجمع الأنهر: (٥١١/٢).
(٦) تهذيب اللغة: لمحمد بن أحمد بن الأزهري أبو منصور الهروي (ت ٣٧٠هـ)، وهو كتاب كبير؛ من الكتب المختارة في اللغة. ينظر: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون: (٥١٦/١).
(٧) ينظر: تهذيب اللغة: (٤٦/٢)؛ (١٧٣/١٤).
(٨) ينظر: خليج البحار: ص١١١٤.
(٩) ينظر: خليج البحار: ص٩٣١.
(١٠) ينظر: معجم ديوان الأدب: (١٨٧/٤).
(١١) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٤٣٨ ـ ٤٣٩).
(١٢) الجمهرة في اللغة: لأبي بكر محمد بن الحسن بن دريد اللغوي وهو كتاب، معتبر في مجلد. أوله: (الحمد لله الحكيم بلا روية ... إلخ) يقال: إنه أملى الجمهرة في فارس، ثم أملاها بالبصرة، ثم ببغداد، من حفظه، ولذلك تختلف النسخ والنسخة. ينظر: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون: (٦٠٦/١).
(١٣) ينظر: جمهرة اللغة: (٨٠٦/٢).

بعض نسخ الهداية[(١)] على عكس ذلك، وهو سهو[(٢)] [من][(٣)] الكاتب.

(وَالْوَدَجَانِ): هما عرقان في طرفي الحلقوم مجريا الدم، وقد يطلق [نفس][(٤)] لفظ الودج على[(٥)] كل واحد من الأربعة مجازاً، أو تغليباً[(٦)].

(وَيَكْفِي قَطْعُ ثَلَاثَةٍ مِنْهَا أَيّاً كَانَتْ) عند أبي حنيفة، وبه كان يقول أبو يوسف أولاً، ثم رجع.

(وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: لَا بُدَّ) لثبوت الحل (قَطْعِ أَكْثَرِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ) أبي حنيفة[(٧)].

(وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لَا بُدَّ مِنْ قَطْعِ الْحُلْقُومِ، وَالْمَرِيءِ وَأَحَدِ الْوَدَجَيْنِ) وهذا قوله الذي رجع إليه بعد الأول، (وَقِيلَ: مُحَمَّدٌ مَعَهُ)؛ أي: مع أبي يوسف في هذا القول؛ وذلك لأنَّ الفرض من الذكاة إزهاق النَّفْس، وإهراق الدم، وذلك بقطع الحلقوم، والمريء، فلا بدَّ من قطعهما معاً، وإنهار الدم [يحصل بقطع أحد الودجين، فيكتفي به عن الآخر[(٨)].

(وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِكُلِّ مَا أَفْرَى الْأَوْدَاجَ، وَأَنْهَرَ الدَّمَ][(٩)]، الإفراء: هو قطع عرضاً[(١٠)].

والأوداج: هي العروق التي في مُقَدَّم الرقبة[(١١)]، والإنهار:

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٤٩/٤).
(٢) في (ج): (سوقه).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (أ)، (ب).
(٥) في (ج): (وعلى).
(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١١/٥).
(٧) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (١٨٢/٢).
(٨) ينظر: تحفة الفقهاء: (٦٨/٣).
(٩) سقط من: (ج).
(١٠) ينظر: معجم لغة الفقهاء: (ص: ٨٠).
(١١) ينظر: العين (١٦٩/٦).

الإسالة[١]، فيجوز الذبح بكل آلة أمكن ذلك بها كالشفرة، والسكين، والحربة، والخنجر[٢]، والسيف، (وَلَوْ) كانت تلك الآلة (مِرْوَة)[٣] ـ بكسر الميم ـ: وهي الحَجَر الذي فيه حدة[٤]، (أَوْ لِيطَةً) ـ بكسر اللام ـ وهي القصبة المشقوقة[٥]، (أَوْ سِنّاً) محدداً [من أي][٦] حيوان كان.

(أَوْ ظُفُراً) كذلك [حال][٧] كون السن، أو الظُّفر (مَنْزُوعِينَ لَا بِالْقَائِمِينَ) في موضعهما، إنّما يشترط في السن والظُّفر أنْ يكونا منزوعين، وكذلك القرن إن أمكن؛ لأنَّ كل واحد منها آلة حادة[٨]، فيحصل به ما هو المقصود، وهو إخراج الدم، فصار كالحَجَر والحديد، بخلاف غير المنزوع؛ لأنَّ الذبح به يحتاج إلى [ب/٣٩٦] علاج شديد، فيكون في معنى المنخنقة[٩]، والحاصل: أنّ الذبح بهذه المذكورات جائز، ولا يكون بأكل المذبوح بها بأس، لكنه يُكره هذا الذبح لاستلزامه ترك المندوب إليه[١٠] بقوله ﷺ: «وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذِّبْحَةَ[١١]، وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ»[١٢].

---

(١) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٤٧٣).
(٢) في (ج): (والحنجر).
(٣) في (ج): (ودة).
(٤) ينظر: حلية الفقهاء: (ص: ١١٩).
(٥) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: (١١٥٨/٣).
(٦) في (ج): (في).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (ب): (جارة، أو جادة)، وفي (ج): (جان).
(٩) في (ج): (المنحقة).
(١٠) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٢/٥)، والعناية شرح الهداية: (٤٩٦/٩).
(١١) في (ج): (الذبيحة).
(١٢) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، بلفظ: (إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، وليحد أحدكم شفرته، فليرح ذبيحته). كتاب: الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب: الأمر بإحسان الذبح والقتل، وتحديد الشفرة، (١٥٤٨/٣)، رقم الحديث (١٩٥٥).

(وَنُدِبَ إِحْدَادُ الشَّفْرَةِ)؛ أي: يُستحبّ أن يحدد الذابح السكين التي يذبح بها؛ لما رويناه آنفاً (قَبْلَ الْإِضْجَاعِ)؛ أي: قبل أنْ يضجع الذبيحة، (وَكرِهَ بَعْدَهُ)؛ أي: كره إحداد الشفرة بعد إضجاع الشاة؛ إرفاقاً بالمذبوح، وهذا[1] إذا كانت تنظر[2] إليه، أمّا إذا حددها بحيث لا تراه، فلا فرق بين كونه قبل الإضجاع، أو بعده[3].

(وَكَذَا) يُكره (جَرُّهَا بِرِجْلِهَا إِلَى الْمَذْبَحِ)؛ لكونه تعذيب الحيوان بلا فائدة، وَهو منهي عنه.

(و)كذا كُره (النَّخْعُ) ـ بفتح النون، وسكون الخاء المعجمة ـ يقال: ذبحه، فنخعه؛ أي: جاوز منتهى الذبح إلى النخاع، وهو خيط أبيض في جوف القضاء الممتد إلى الصلب[4]، ومن[5] قال: إنّه عرق فقط سهى، وإنّما قال ذلك البخاع[6] ـ بالباء ـ فهو بالقضاء، فالنخع أبلغ، وأشد من البخع[7][8]، كذا في المغرب[9].

(وَ) كذا كُره (قَطْعُ الرَّأْسِ)، (وَ) كره (السَّلْخُ قَبْلَ أَنْ تَبْرُدَ) الذبيحة؛ أي: تسكن عن الاضطراب.

(وَ) كُره (الذَّبْحُ بالْقَفَاءِ)؛ لأنَّه خلاف السُّنة؛ ولأنَّ فيه زيادة ألم بلا حاجة، فصار كما إذا جرحها، ثمّ قطع الأوداج.

---

(١) في (ج): (هذا).
(٢) في (ج): (نظر).
(٣) ينظر: منحة السلوك في شرح تحفة الملوك: (ص: ٣٩٥)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (١/٢٧٧).
(٤) ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي: (ص: ٢٦٦).
(٥) في (ب، ج): (وفي).
(٦) في (ج): (النخاع).
(٧) في (ج): (النخع). ينظر: الفائق في غريب الحديث: (١/٨٢).
(٨) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (١/٢٧٧)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٤٠).
(٩) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٤٥٩).

(وَتَحِلُّ إن بَقِيَتْ حَيَّةً [حَتَّى][١] قُطِعَتْ الْعُرُوقُ)؛ لوجود الموت بما هو ذكاة[٢]، (وَإِلَّا)؛ أي: وإنْ لم تبقَ حية قبل قطع العروق؛ (فَلَا) تحل؛ لوجود الموت بمَا ليس بذكاة، وهو جرح القضاء.

اعلم أنّ كل ما فيه زيادة ألم لا يحتاج[٣] إليه في الذكاة مكروه قبل أنْ تبرد، وبعده لا تدرك الألم، فتنتفي الكراهة حينئذ، وكره ترك التوجه إلى القِبْلة، وحلت[٤][٥].

(وَلَزِمَ ذَبْحُ صَيْدٍ مستأنس)؛ لعدم الضرورة؛ لأنَّه صار كالأهلي، ويلزم فيه ذكاة الاختيار؛ لأنّ ذكاة الاضطرار إنّما يصار إليها عند العجز عن ذكاة الاختيار، ولهذا قال: (وَجَازَ جَرْحُ نَعَم) بفتحتين، وهو واحد الأنعام، وهي المال الراعية[٦] كإبل، وبقر، وشاة[٧] (تَوَحَّشَ)[٨]؛ أي: تنقربان دخل في البرية، وصار وحشيا[٩]؛ لأنَّ ذكاة الاختيار قد تعذرت، فيذكى بالجرح في جسده حيث[١٠] أنفق[١١] كالصيد، (أَوْ تَرَدَّى)، وسقط (فِي بِئْرٍ)[١٢]، ونحوها[١٣].

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (ذكاه).
(٣) في (ج): (يحتاج).
(٤) في (ج): (رحلت).
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٥٠)؛ العناية شرح الهداية: (٩/٤٩٧).
(٦) في (ج): (الراغبة).
(٧) ينظر: معجم ديوان الأدب: (١/٢٣٢).
(٨) في (ج): (توحس).
(٩) في (ج): (وحسيا).
(١٠) في (ج): (خبث).
(١١) في (ج): (اتفق).
(١٢) قوله: (أو تردى وسقط في بئر): أي: سقط وعُلِم موته بالجرح أو أشكل؛ لأن الظاهر أن الموت منه، وإن علم أنه لم يمت من الجرح لم يؤكل، وكذا الدجاجة إذا تعلقت على شجرة وخيف فوتها؛ فذكاتها الجرح. ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٦/٣٠٣).
(١٣) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٤١).

قوله: (إِذَا لَمْ يُمْكِنْ[١] ذَبْحُهُ) قيد الجملتين، وذلك بأنْ وقع[٢] على رأسه، ولم يمكن[٣] الوصول إلى مذبحة[٤]؛ لتحقق العجز عن ذكاة الاختيار، فيصار إلى ذكاة الاضطرار[٥].

وقال مالك[٦]: لا تحل ذكاة الاضطرار في الوجهين؛ لأنَّ ذلك [نادر، ونحوه، فقول المعتبر: هو العجز حقيقة، وقد تحقق، فيصار إلى البدل؛ ولأنَّ سلم كونه][٧] نادراً، والمراد بالذبح ههنا: ما يعم النحر أيضاً[٨].

وفي قوله: (إذا لم يمكن) إشعار ما [كان][٩] البقر، أو الإبل إذا توحش[١٠] في المصر يكفي فيه الجرح[١١] بخلاف الشاة؛ لإمكان أخذها، فأمكن ذبحها.

(وَلَا يَحِلُّ الْجَنِينُ بِذَكْوَةِ أُمِّهِ أَشْعَرَ أَوْ لَا) حتى لو نحر ناقة، أو ذبح بقرة، أو شاة، فخرج من بطنها جنين، فإنْ خرج حيّاً، وذُكِّيَ يحل أكله بالاتفاق، وإنْ خرج ميتاً لم يؤكل سواء كان شَعره نابتاً، أو لم يكن، وهذا قول أبي حنيفة، وبه قال زفر، والحسن بن زياد.

---

(١) في (ج): (كلم يكن).
(٢) في (أ): (قع)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٣) في (أ، ج): (يكن)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).
(٤) في (أ)، (ب): (مذبحه)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٥) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٩٢/٥)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٨٠/١).
(٦) ينظر: مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها: (٢٢٩/٣).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) جاء في التلقين في الفقه المالكي ما نصه: والذبح سنة ذكاة الغنم ويجوز نحرها للضرورة. ١٠٦/١.
(٩) في (ج): (إلى أن).
(١٠) في (ج): (توحس).
(١١) في (أ): (الجرج)، وفي (ب): (الحرج)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(وَقَالَا: يَحِلُّ إِنْ تَمَّ خَلْقُهُ) بأنْ نبت شَعره، فإنّ عندهما: يؤكل من غير ذكاة، وهو قول الشافعي(١)؛ لقوله ﷺ [أ/٣٩٧]: «[ذَكَاةُ](٢) الْجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ»(٣)؛ ولأنّه جزء من الأم حقيقة؛ لأنّه متصل بها، ويتغذى(٤) بغذائها، ويتنفس بتنفسها، وكذا حكماً حتّى إنّه يدخل في بيعها، ويعتق بإعتاقها، وإذا كان جزء منها، فوقوع جرح الذكاة فيها يكون ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد.

ولأبي حنيفة: إنّه أصيل في الجثة حتى يتصور حياته بعد موتها، وعند ذلك(٥) يفرد بالذكاة، ولهذا يعتق منفرداً عنها، ويجب فيه غرة، ولا تصح الوصية به، وله: ولأنّه حيوان دموي لم يخرج دمه، فأشبه المنخنقة مع أنّه يحتمل أنّه مات قبل ذكاة أمه، أو بذبحها، فلا يحل بالشك، وما رويناه روي بالنصب على نزع الخافض؛ أي: كذكاة أمه، وبالرفع يحتمل التشبيه البليغ أيضاً، فيكون دليلاً على تساويهما في الذبح، فلا يحل من غير ذكاة(٦).

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ

عقده المصنِّف لبيان ما يحل أكله، وما لا يحل، (وَيَحْرُمُ أَكْلُ كُلِّ

---

(١) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: (١٥٩/٨)، وحاشية الجمل على شرح المنهج = فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب: (١٧٣/١).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه، بلفظ: (كُلُوهُ إِنْ شِئْتُمْ، فَإِنَّ ذَكَاة الجنين ذَكَاةُ أُمِّهِ) كتاب: الذبائح، باب: ذكاة الجنين ذكاة أمه (٣٦٠/٤)، رقم الحديث (٢٨٢٧)، قال الأرناؤوط: حديث صحيح بطرقه وشواهده، وهذا إسناد ضعيف لضعف مجالد ـ وهو ابن سعيد ـ: (٣٦٠/٤).

(٤) في (ج): (وتتغذى).

(٥) في (ج): (لك).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٤٢/٥)؛ الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥١/٤).

ذِي نَابٍ[١] **أَوْ مِخْلَبٍ)**[٢] ليس المراد من[٣] عطف المخلب على الناب الجمع بينهما، وإنْ كان يوجد ذلك في الأسد، ونحوه، بل المراد: أنّ كل حيوان، وجدا فيه، أو أحدهما مع كونه من السباع، ولهذا قيده بقوله: **(مِنْ سَبُعٍ، أَوْ طَيْرٍ)**، وأردفه بقوله: **(أو ضَبُعاً، أَوْ ثَعْلَباً)**، فإنّ كل واحد منهما له ناب، وليس له ظفر، ثم [المراد][٤] من[٥] ذي ناب: الذي يصيد بنابه، ومن ذي مخلب الذي يصيد بمخلبه[٦] لا كل ذي ناب، ولا كل ذي مخلب[٧]، فإنّ الحَمَام لها مخلب، والبعير له ناب، [والبقر كذلك[٨] [في][٩] مبسوط البزدوي[١٠][١١].

والأصل في هذا «**نهيه عن أكل كل ذي ناب]**[١٢] **من السباع، وذي مخلب من الطيور**»[١٣]، «والسبع: كل حيوان مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة»[١٤]، وهو يكون من الطيور كما يكون من[١٥] ذوات الأربع،

---

(١) في (ج): (و).
(٢) في (ب، ج): (مخلب).
(٣) في (ج): (في).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (فيه).
(٦) في (ج): (المخلبة).
(٧) ينظر: البناية شرح الهداية: (٤٠٨/١٢).
(٨) في (ج): زيادة: (كذا).
(٩) سقط من: (ج).
(١٠) هو كتاب المبسوط، في أصول الحنفية لمحمد البزدوي، مخطوط في: أحد عشر مجلداً. مكتبة: ولي الدين، تركيا ـ إستانبول، رقم الحفظ: (١٤٥٤). ينظر: كشف الظنون لحاجي خليفة (١٥٨١/٢).
(١١) ينظر: خليج البحار: ص٦٤٦.
(١٢) من قول: (والبقر كذلك) إلى قوله: (عن أكل كل ذي ناب) سقط من: (ب).
(١٣) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الذبائح والصيد، باب: أكل كل ذي ناب من السباع (٩٦/٧)، رقم الحديث (٥٥٣٠).
(١٤) الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥١/٤).
(١٥) في (ج): (فيه).

وقد ورد في الحديث قوله ﷺ: من[(١)] السباع عقيب النوعين، فينصرف إليهما بحكم[(٢)] قاعدته المعروفة، فيتناول النهي سباع الطير، [و][(٣)] البهائم لا كل ما له مخلب، أو ناب منهما، وهي كالأسد، والنمر، والفهد، والذئب، والدب، والقرد، والسنور البري، والأهلي، ويدخل في هذا القسم الضبع، والثعلب، فيكون الحديث حجة على الشافعي[(٤)] في إباحته إيّاهما، وأمّا سباع الطير، فهي كالصقر، والبازي، والنسر، والعقاب[(٥)]، والشاهين[(٦)]، والحدأة، وما أشبهها[(٧)].

قوله: (والْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ) بالجر عطف على المضاف إليه، وبالرفع عطف على المضاف في قوله: (يحرم أكل ذي ناب)، والحال[(٨)] فيهما واحد، وهو إثبات الحرمة لها، وتقييدها بالأهلية للاحتراز عن الحمر الوحشية، فإنّها صيد حلال بخلاف الحمر[(٩)] الأهلية، (وَالْبِغَالِ)، فحرمتهما بالكتاب[(١٠)]، (وَالْفِيلِ، وَالضَّبِّ)؛ لأنَّه[(١١)] الخبائث، (وَالْيَرْبُوعِ)[(١٢)] موشي

(١) في (ج): (في).
(٢) في (أ): (يحكم)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٣) سقط من: (ب، ج).
(٤) ينظر: مختصر المزني: (٣٩٣/٨)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي: (٣٥٠/١).
(٥) العُقاب: طائر، تؤنثها العرب إذا رأته لأنَّها لا تعرف إناثها من ذكورها. العين: (١٨١/١).
(٦) الشاهين: من سباع الطير، ليس بعربي محض. المحكم والمحيط الأعظم: (١٨٩/٤).
(٧) ينظر: تحفة الفقهاء (٦٥/٣)، والهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥١/٤)، وبداية المبتدي: (ص: ٢١٩).
(٨) في (ج): (والمال).
(٩) في (ج): (والحمر).
(١٠) قَالَ اللَّهُ تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧].
(١١) في (ج): (فيه).
(١٢) اليربوع: هو نوع من الفأر، لكن ذنبه وأذناه أطول منها، ورِجلاه أطول من يديه عكس الزرافة، والجمع يرابيع والعامة تقول: جربوع بالجيم. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر: (٢٩٥/٥).

دشتي، [وحلال][(١)] عند الشافعي[(٢)]، (وَابْنِ عُرْس[(٣)]، وَالزُّنْبُورِ، وَالسُّلَحْفَاةِ) سنك بشت[(٤)] (وَالْحَشَرَاتِ): هي صغار دواب[(٥)] بالأرض، واحدتها: حشرة، ولما كان السلحفاة من أخبث الحشرات خصّه[(٦)] بالذِّكر، وإنْ كان داخلاً في الحشرات، أمّا الفيل فإنّه مستقذر مستكره تنفر من أكله الطباع السليمة، وقيل: إنّ أكله يورث الحقد، ورداءة الطبع مع أنّه يعد من[(٧)] العاديات، وصاحب الهداية[(٨)] عده من ذوات الأنياب، واليربوع وابن عرس من سباع الهوام[(٩)] المؤذية، ويقال: إنّ اليربوع [ب/٣٩٧] صنف من الفأر، والزنبور من المؤذيات، والسلحفاة من خبائث الحشرات، والحشرات كلها تابعة للضب، فالنهي [عنه نهيٌ][(١٠)] عنها[(١١)].

(وَيُكْرَهُ الْغُرَابُ الْأَبْقَعُ) وهو الذي لونه مبقع بين السواد[(١٢)] والزرقة، ويُسمَّى غراب الشتاء؛ لأنّه يكثر فيه.

(وَالْغُدَافُ[(١٣)]: وَالرَّخَمُ)[(١٤)][(١٥)] . . . .

---

(١) في (ب): (وهو حلال).
(٢) ينظر: الأم، للشافعي: (٢٦٥/٢).
(٣) ابن عرس: بالكسر دويبة تشبه الفأر، والجمع بنات عرس. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: (٤٠٢/٢).
(٤) سنك بشت: أي: السلحفاة.
(٥) في (ج): (وداب).
(٦) في (ج): (حصه).
(٧) في (ج): (في).
(٨) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥١/٤).
(٩) في (أ)، (ب): (الهدام)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٤/٥)، والعناية شرح الهداية: (٥٠٠/٩).
(١٢) في (ج): (السواق).
(١٣) الغداف: غراب القيظ الضخم الوافي الجناحين. ينظر: تهذيب اللغة: (٩٤/٨).
(١٤) في (ج): (والرغم).
(١٥) الرخم: جمعُ رخَمَة، وهو: طائِرٌ شبه النسر في الخلقة، إلا أنها مبقعة ببياض وسواد. ينظر: معجم ديوان الأدب: (٢٣٠/١)، وتهذيب اللغة: (١٦٣/٧).

ـ بفتح الراء[١] المهملة، والخاء المعجمة ـ يقال بالتركي: قارتال.

(وَالْبُغَاثُ): وهو طائر صغير يشبه العصفور؛ لأنَّ هذه الطيور كلها تأكل الجيف، فكانت من الخبائث[٢].

(وَ) يُكره لحوم (الْخَيْلِ) عند أبي حنيفة؛ لأنَّها آلة الجهاد، ثمّ إنّ قول المصنّف: (تحريماً) يعود إلى المذكورات جميعاً؛ يعني: أنّ كراهتها كراهة تحريم، وهي ما كانت إلى الحرام أقرب[٣] كما أنّ كراهة التنزيه: ما كانت إلى الحلال أقرب[٤]، ثم قيل: إنّ هذه الكراهة عند أبي حنيفة كراهة[٥] تحريم، وقيل: إنّها كراهة تنزيه، لكن الأصول تقتضي أنْ يرجح المُحَرَّم على المبيح، فلذلك قيده المصنِّف بقوله: (في الأصح)، ويعضده ما روى خالد بن الوليد[٦] رضي الله عنه[٧] أنّه قال[٨]: «**حرام عليكم الحمر الأهلية، وخيلها[٩]، وبغالها**»[١٠] الحديث.

(وعندهما: **لا يُكره**) أكل لحوم (الخيل)؛ لحديث[١١] جابر[١٢] رضي الله عنه[١٣]

---

(١) في (ج): (الحاء).
(٢) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (٤٨٩/٥).
(٣) ينظر: شرح التلويح على التوضيح: (١٧/١).
(٤) ينظر: المصدر السابق.
(٥) في (أ): (كرهه)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٦) خالد بن الوليد بن المغيرة المخزومي القرشيّ، سيف الله الفاتح الكبير، الصحابيّ، كان من أشراف قريش في الجاهلية، أسلم قبل فتح مكة سنة (٧هـ) فسرّ به رسول الله ﷺ وولاه الخيل، ولما ولي أبو بكر وجّهه لقتال مسيلمة ومن ارتد من أعراب نجد. ينظر: الأعلام للزركلي: (٣٠٠/٢).
(٧) في (أ)، (ب): (رضه)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٨) في (أ): زيادة: (نهى رسول الله ﷺ).
(٩) في (ج): (حبلها).
(١٠) في (ج): (وبقالها).
(١١) في (ج): (الحديث).
(١٢) ينظر: خليج البحار: ص٢٨٤.
(١٣) في (أ)، (ب): (رضه)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

أنّه [قال][(١)]: «نهى رسول الله ﷺ عن لحوم حمر الأهلية، وأذن في لحم الخيل يوم خيبر»[(٢)(٣)].

(وَحَلَّ الْعَقْعَقُ)[(٤)] قال أبو حنيفة: لا بأس بأكل العقعق؛ لأنَّه يخلط، فشبه الدجاجة، وعن أبي يوسف: إنّه يكره؛ لأنَّ غالب أكله الجيف[(٥)].

(وَغُرَابُ الزَّرْعِ) هو صغير الجثة خالص[(٦)] السواد يألف البيوت، ويلعب به الصبيان كالْحَمَام[(٧)]، فهو حلال اتفاقاً[(٨)].

(وَالْأَرْنَبُ) لا بأس به؛ لأنَّه ﷺ: «أكل منه حين[(٩)] أهدي إليه مشوياً، وأمر أصحابه بالأكل منه»[(١٠)].

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، بلفظ: (نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، ورخص في الخيل). كتاب: المغازي، باب: غزوة خيبر (١٣٦/٥) رقم الحديث (٤٢١٩).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٣٨/٥)، والاختيار لتعليل المختار: (١٤/٥).

(٤) العقعق: هو طائر معروف، صوته القعقعة. ينظر: جمهرة اللغة: (١٥٦/١).

(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥٢/٤)، وبداية المبتدي: (ص: ٢١٩).

(٦) في (أ): (حالص)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٧) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: (١٦٠٢/٢).

(٨) ينظر: تحفة الفقهاء: (٦٥/٣)؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٤٠/٥).

(٩) سقط من: (ج).

(١٠) أخرجه الإمام البيهقي في السنن الكبرى، بلفظ: سئل عمر بن الخطاب ﷺ عن الأرنب، فقال: لولا أني أكره أن أزيد في هذا الحديث أو أنقص منه لحدثتكم به، ولكن سأرسل إلى من شهد ذلك، فأرسل إلى عمار بن ياسر ﷺ فقال له: حدث هؤلاء حديث الأرنب، فقال عمار: أهدى أعرابي إلى رسول الله ﷺ أرنباً مشوية، فأمرنا بأكلها، ولم يأكل، واعتزل رَجل، فلم يأكل، فقالوا له: ما لك؟ فقال: إني صائم، فقال: صوم ماذا؟ فقال: صوم ثلاثة أيام من كل شهر، قال: فقال النبي ﷺ: «أفلا جعلتهن البيض؟» فقال الأعرابي: إني رأيت بها دما، فقال النبي ﷺ: «ليس بشيء». باب ما جاء في الأرنب (٥٣٩/٩) رقم الحديث (١٩٣٩٩). قال الهيثمي: في إسناده ضعف، ينظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: (٣٦/٤).

رواه عمار بن ياسر[(١)]؛ ولأنَّه ليس من السباع، ولا من أكلة الجيف، فأشبه الظبي[(٢)(٣)].

(وَلَا يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانِ الْمَاءِ) إلا السمك بأنواعه.

وقال مالك[(٤)]، وجماعة: بإطلاق الحل لجميع ما في البحر، واستثنى بعضهم: ما هو على خِلْقة الكلب، والخنزير، والسباع، والإنسان، وعن[(٥)] الشافعي[(٦)]: أنّ جميع حيوان البحر حلال؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] من غير فصل؛ ولأنَّ المُحَرَّم هو اختلاط[(٧)] الدم المسفوح باللحم، ولا دم لحيوان الماء اعتباراً بالسمك.

وعندنا: لا يؤكل إلا السمك منه؛ لقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وما سوى السمك خبيث لاستقذار[(٨)] الطبائع السليمة إيّاها، واستطابة السمك، والصيد في الآية محمول على الاصطياد، وهو لا يباح أكله، والمراد من أنواع السمك ما ذكره المصنِّف بقوله: (كَالْجِرِّيثِ) ـ بكسر الجيم، وتشديد الراء ـ نوع من السمك[(٩)]، (والمارماهي)[(١٠)]، أفردهما[(١١)] بالذِّكر

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص٢٨٦.
(٢) في (ج): (الضبى).
(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥٢/٤)، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٥٧/٦).
(٤) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد: (٢٣/٣)، والخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية: (ص: ٢٨٨).
(٥) في (ج): (عن).
(٦) ينظر: الحاوي الكبير: (١٥٥/٥)؛ الوسيط في المذهب: (١٠٣/٧).
(٧) في (ج): (أخذ).
(٨) في (أ)، (ب): (لاستقدار)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٩) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٧٩).
(١٠) المارماهي: فارسية، نوع من أنواع السمك يشبه الحيّات. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر: (٢٥٤/١).
(١١) في (ج): (أفردها).

لمكان الخفاء في كونهما من جنس السمك، وإشارة إلى ضعف ما نقل في المغرب[١] عن محمد: إنّ جميع السمك حلال غير الجريث وَالْمَارْمَاهِيِّ.

وأيضاً قال في غاية البيان[٢]: إنّ بعض الروافض، وأهل الكتاب يكرهون أكل الجريث، ويقولون: إنّه كان ديوثاً يدعو الناس إلى حليلته، فمسخ[٣] به[٤].

(وَلَا يُؤْكَلُ الطَّافِي مِنْهُ)؛ أي: من السمك، [و][٥] السمك الطافي: هو الذي مات في الماء حتف[٦] أنفه[٧]؛ أي: من غير سبب، ثم يعلو[٨] الماء، وهو اسم فاعل من [طفى الشيء][٩] فوق الماء يطفو طفواً إذا علاه[١٠].

(وَإِنْ مَاتَ لِحَرٍّ أَوْ بَرْدٍ؛ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ)؛ أي: لو اشتد [أ/٣٩٨] برد الماء، أو حره على السمك، فمات منه، فعن الإمام فيه روايتان، في رواية: يحل؛ لأنَّ الحر والبرد يؤثر في السمك، فصار كما لفظ الماء، وفي رواية أخرى: لا يحل؛ [لأنَّه][١١] نادر، والسمك يعيش في الماء دائماً، وهو لا يخلو عن الكيفيتين[١٢].

---

(١) ينظر: العين: (٦/٩٨).
(٢) ينظر: خليج البحار: ص١٢٤٥.
(٣) في (ج): فمسح.
(٤) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٥/٣٦)؛ الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢/١٨٦).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (حنف).
(٧) ينظر: تهذيب اللغة: (٤/٢٥٧).
(٨) في (ب): (يعلمو)، في (ج): (يعلموا).
(٩) في (ج): (ظفر السرة).
(١٠) ينظر: تهذيب اللغة: (١٤/٢٤).
(١١) سقط من: (ج).
(١٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٥٣)، ومنحة السلوك في شرح تحفة الملوك: (ص: ٣٨٧).

(وَيَحِلُّ هُوَ، وَالْجَرَادُ بِلَا ذَكَاةٍ)؛ أي: يحل السمك، والجراد مطلقاً سواء ذكي، أو مات بلا ذكاة[١]؛ لقوله ﷺ: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ، أَمَّا الْمَيْتَتَانِ: فَالسَّمَكُ وَالْجَرَادُ، وَأَمَّا الدَّمَانِ: فَالْكَبِدُ وَالطِّحَالُ»[٢].

(وَلَوْ ذَبَحَ شَاةً) مريضة، أو عرض لها ما (لَمْ تُعْلَمْ حَيَاتُهَا) به وقت الذبح (فَتَحَرَّكَتْ، أَوْ خَرَجَ مِنْهَا دَمٌ) بعد الذبح؛ (حَلَّتْ، وَإِلَّا)؛ أي: وإنْ لم تتحرك، أو لم يخرج[٣] منها دم[٤]؛ (فَلَا) تحل؛ لتيقن موتها بلا ذكاة (وَإِنْ عُلِمَتْ) حياتها وقت الذبح [بأي وجه][٥] كان؛ (حَلَّتْ مُطْلَقاً)؛ يعني: سواء فتحت عينها، أو مدت[٦] رِجلها، أو ضمتها، أو لم يقع منها شيء من ذلك؛ لأنَّ المتحقق لا يهمل لأجل الموهوم المحتمل[٧].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٢٢٠/١١).

(٢) أخرجه الإمام ابن ماجه في سننه، بلفظ: (أُحِلَّتْ لَكُمْ مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ، فَأَمَّا الْمَيْتَتَانِ، فَالْحُوتُ وَالْجَرَادُ، وَأَمَّا الدَّمَانِ، فَالْكَبِدُ وَالطِّحَالُ)، كتاب: الأطعمة، باب: الكبد والطحال: (١١٠٢/٢)، رقم الحديث (٣١٤٤)، حديث صحيح. (١١٠٢/٢).

(٣) في (ب): (ولم تخرج).

(٤) سقط من: (ج)، وفي (ب): (دما).

(٥) في (ج): (أي: وجد).

(٦) في (ج): (مدرت).

(٧) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٣/٥)؛ الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١٨٣/٢).

كِتَابُ الأضحية

هي أفعولة على وزن أحدوثة، اسمٌ لما يُضحَّى بها، وتجمع على أضاحي[١] على أفاعيل، من أضحى يضحي: إذا دخل في الضحى، وسُمّي ما يذبح أيام النحر بذلك؛ لأنه يذبح وقت الضحى غالباً تسميته له باسم وقته[٢].

وفي الشرع: اسم لحيوان[٣] مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة لله تعالى، في يوم مخصوص عند وجود شرائطها، وسببها[٤]، التي ستذكر في المتن[٥].

(هِيَ وَاجِبَةٌ) عند أبي حنيفة، ومحمد، وزفر والحسن بن زياد وإحدى[٦] الروايتين عن أبي يوسف، (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: إِنَّهَا سُنَّةٌ) مؤكدة.

(وَقِيلَ: هُوَ قَوْلُهُمَا)؛ لقوله ﷺ: «مَنْ[٧] أَرَادَ أَنْ يُضَحِّيَ مِنْكُمْ؛

---

(١) في (ج): (أضحى).

(٢) ينظر: تصحيح الفصيح وشرحه: (ص: ٣٥٤)؛ الاختيار لتعليل المختار: (١٦/٥).

(٣) في (ج): (الحيوان).

(٤) في (ج) (سببا)، والصواب ما أثبتناه، ينظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: (ص: ١٠٣).

(٥) ينظر: العناية شرح الهداية: (٥٠٤/٩).

(٦) في (ج): (أحد).

(٧) في (ج): (في).

فَلَا يَأْخُذْ مِنْ شَعْرِهِ، وَأَظْفَارِهِ شَيْئاً»[١]، والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب، ووجه الوجوب قوله ﷺ: «مَنْ وَجَدَ سَعَةً، وَلَمْ يُضَحِّ؛ فَلَا يَقْرَبَنَّ مُصَلَّانَا»[٢]، ومثل هذا الوعيد لا يلحق سوى[٣] تارك الواجب، فالأصح وجوبها، ويحتمل أنْ يكون المراد بالإرادة القصد لا التخيير[٤].

(وَإِنَّمَا تَجِبُ) الأضحية: (عَلَى حُرٍّ)، فإنّها قربة مالية، فلا تتأتى إلا بالمِلْك، والمالك هو الحر، (مُسْلِمٍ) فإنّ القربة لا تتصور إلا من[٥] المُسْلم، (مُقِيمٍ) فإنّ أداءها يختص بأسباب على المسافر، وتفوت بمضي الوقت، فلا تجب عليه دفعاً للحرج عنه كالجمعة، (مُوسِرٍ) يسار الفطرة، فإنّ العبادة المالية لا تجب إلا على القادر، وهو الغني[٦].

ومقداره: ما تجب به صدقة الفطر (عَنْ نَفْسِهِ) متعلق (بتجب)؛ لأنه أصل في الوجوب عليه إذا وجدت فيه الصفات المذكورة، وهل تجب الأضحية عن أولاده الصغار؟ فيه روايتان، وأقوال:

أمّا الرواية الأولى، وهي ظاهر الرواية، فهي قوله: (لَا عَنْ طِفْلِهِ)؛ أي: لا تجب على المكلَّف عن كل واحد من أولاده الصغار أضحية بخلاف صدقة الفطر، والفرق: أنّ السبب هناك رأس بموته، ويلي عليه،

---

(١) أخرجه الإمام النسائي في سننه، بلفظ: (مَنْ رَأَى هِلَالَ ذِي الْحِجَّةِ، فَأَرَادَ أَنْ يُضَحِّيَ، فَلَا يَأْخُذْ مِنْ شَعْرِهِ، وَلَا مِنْ أَظْفَارِهِ حَتَّى يُضَحِّيَ). كتاب الضحايا (٢١١/٧)، رقم الحديث (٤٣٦١)، حديث صحيح. (٢١١/٧).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند أبي هريرة ﷺ، مسند المكثرين من الصحابة (٢٤/١٤) رقم الحديث (٨٢٧٣)، قال شعيب الأرناؤوط: إسناده ضعيف، وحسنه الألباني. ينظر: (٢٤/١٤).

(٣) في (ج): (سوا).

(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥٥/٤)؛ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢/٦).

(٥) في (ج): زيادة: (من).

(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥٥/٤)؛ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٨٥/٦).

وهما موجودان في ولده الصغير، وههنا الأضحية قربة محضة، والأصل فيما هو قربة أنْ لا تجب على أحد بسبب الغير، ولهذا لا تجب عن العبد أضحية، وتجب صدقة الفطر.

وأمّا الرواية الثانية، وهي رواية الحسن بن زياد [ب/٣٩٨] عن[١] أبي حنيفة، فهي قوله: (وَقِيلَ: تَجِبُ عَنْهُ أَيْضاً)؛ يعني: أنّه تجب عليه عن ولده[٢] الصغير؛ لأنه في معنى نفسه، فيلحق به كما في صدقة الفطر، ذكرها بصيغة تدل على الضعف؛ لمخالفته ظاهر الرواية[٣].

وأمّا الأقوال[٤]، فمنها: قوله: (وَقِيلَ: يُضَحِّي عَنْهُ)؛ أي: عن الطفل (أَبُوهُ[٥]، أَوْ وَصِيُّهُ مِنْ[٦] مَالِهِ)؛ أي: إذا كان للطفل مال بيد أبيه، أو وصيه بيد الغير، فوليه؛ يصح[٧] عنه عند أبي حنيفة، وأبي يوسف.

وقال محمد وزفر، والشافعي[٨]: إنّما يضحى عنه من مال نفسه لا من[٩] مال الصغير[١٠].

وقيل: لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعاً، والأصح ما ذكر في المتن أولاً، (فَيُطْعِمُ [مِنْهَا][١١] مَا أَمْكَنَ)؛ أي: يأكل الطفل منها ما أمكن، (وَيَسْتَبْدِلُ) الأب، أو الوصي (بِالْبَاقِي مَا يَنْتَفِعُ بِهِ) الطفل

(١) في (ج): (وعن).
(٢) في (ج): (لده).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٦٥/٥).
(٤) في (ج): (الأقول).
(٥) في (ج): (أبواه).
(٦) في (ج): (في).
(٧) في (ب، ج): (يضحى).
(٨) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: (١٢٤/٦).
(٩) في (ج): (في).
(١٠) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥٦/٤).
(١١) سقط من: (أ).

(مَعَ بَقَائِهِ) بعينه كالثوب، والخف، والفأس[١]، ونحوها لا بما ينتفع به بالاستهلاك كالخبز[٢]، ونحوه؛ وذلك لأن الواجب هو الإراقة، وأمّا التصدق باللحم، فتبرع، ومال الصبي لا يحتمل التبرع، فينبغي أنْ يطعم الصغير، ويدخر له، ويستبدل لحمه بالأشياء التي ينتفع بها الصغير مع بقاء أعيانها كما في جلد الأضحية[٣].

(وَهِيَ)؛ أي: الأضحية (شَاةٌ): هي جنس يعم الضأن والمعز، والضأن أفضل من المعز، والذَّكر من[٤] الأنثى إذا كان خصيّاً؛ لأن لحمه أطيب وأنفع، وهي تجوز عن رأس واحد ذكراً كان أو أنثى، صغيراً كان أو كبيراً[٥].

(أَوْ بَدَنَةٌ[٦] أَوْ سُبْع بَدَنَة)[٧] - بضم السين - اسم لواحد من[٨] سبعة أجزاء، ويجوز في الباء الضم، والسكون، وهو قياس من[٩] الثلاث إلى العشر، وسبع البدنة إنّما يجزئ عن الواحد (بِأَن اشْتَرَكَ مَعَ سِتَّةٍ فِي بَقَرَةٍ) يدخل فيها الجاموس[١٠] (بِأَنْ اشْتَرَكَ)، والأنثى منهما أفضل من الذَّكر، (وَ) الحال أنّ (كُلٌّ) واحد منهم (يُرِيدُ الْقُرْبَةَ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِهَا)؛ أي: من أهل القربة (وَلَمْ يَنْقُصْ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا عَنْ سُبْعٍ)، فإذا تحققت هذه القيود، ووجدت هذه الشرائط؛ جاز سبع البدنة عن واحد، وإلا، فلا،

---

(١) في (ج): (والفارس).
(٢) في (ب، ج): (كالخبر).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٦/٢)؛ الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٤٥).
(٤) في (ج): (في).
(٥) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٦/٩٤).
(٦) في (ج): (بدنه).
(٧) في (ج): (بدنه).
(٨) في (ج): (في).
(٩) في (ج): (في).
(١٠) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٥٩).

(فَلَوْ أَرَادَ أَحَدُهُمْ)؛ أي: أحد السبعة الذين اشتركوا في البدنة (بِنَصِيبِهِ اللَّحْمَ، أَوْ كَانَ) أحدهم (كَافِراً، أَوْ) كان نصيبه (أَقَلَّ مِنْ سبْعٍ، لَا تَجُوزُ) تلك الأضحية (عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ)؛ يعني: لا من صاحب القليل، ولا من صاحب الكثير حتى إنّ الرَّجل إذا[1] مات، وترك امرأة، وأبناء، وبقرة، فضحيا[2] بها يوم العيد لا تجوز عن كل واحد منهما أمّا عدم الجواز عن المرأة، فلكون نصيبها أقل من سبع، وأمّا عدم الجواز عن الابن، فلفوات[3] وصف القربة في البعض، وعدم تجزئ[4] هذا الفعل في كونه قربة[5].

(وَيَجُوزُ) في البدنة اشتراك (أَقَلَّ مِنْ سَبْعَةٍ، وَلَو اثْنَيْنِ)، فاشتراك السبعة فيها هو الأصل؛ لما روي عن جابر بن عبد الله أنّه قال: «نَحَرْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ الْبَدَنَةَ عَنْ سَبْعَةٍ وَالْبَقَرَةَ عَنْ سَبْعَةٍ»[6]، فالبدنة من الإبل ههنا، وقد يطلق على البقرة، وإذا جازت عن سبعة، فجوازها[7] عن أقل من سبعة بطريق الأولى، هذا، والقياس: أنْ لا تُجزئ البدنة إلا عن واحد؛ لأنها إراقة دم واحد، لكنا تركنا القياس بما روينا عن جابر، وهو مقيد بالسبعة، فلا تجوز عن أكثر منها[8].

(وَيُقَسَّمُ لَحْمُهَا) بين الشركاء (وَزْناً)؛ يعني: إذا اشتركوا في

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (أ): (ضحيا)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٣) في (ج): (فلقرأت).
(٤) في (أ): (تجري)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥٦/٤)؛ الاختيار لتعليل المختار: (١٧/٥).
(٦) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، بلفظ: (نحرنا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة). كتاب: الحج، باب: الاشتراك في الهدي وإجزاء البقرة والبدنة كل منهما عن سبعة، (٩٥٥/٢) رقم الحديث (١٣١٨).
(٧) في (ج): (فجوارها).
(٨) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٣/٦)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٦٦/١).

أضحية، وأرادوا[١] قسمة لحمها يقسم وزناً؛ لأنّه موزون (لَا جُزَافاً)؛ أي: [٣٩٩/أ] لا يقسم جزافاً؛ لأن في القسمة معنى التمليك، فيحتمل الربا، ولو اقتسموا جزافاً، وحلل كل واحد لصاحبه الفضل؛ لا يجوز بخلاف ما إذا باع درهماً بدرهم فيه زيادة قَدْر ما يدخل فيه الوزن، فحلل صاحبه حيث يجوز.

والفرق: إنّ تحليل الفضل هبة، وهبة المشاع يجوز فيما لا يقسم، لا فيما يقسم، والدرهم الواحد ممّا لا يقسم، واللحم ممّا يقسم، فلا يجوز فيه (إِلَّا إِذَا خُلِطَ بِهِ) الضمير المجرور، ويعود إلى القسم المعتبر في ضمن الفعل؛ أعني: قوله: يقسم، ويجوز[٢] أنْ يعود إلى اللحم باعتبار كونه أقساماً (مِنْ أَكَارِعِه، أَوْ جِلْدِهِ)، أو رأسه، أو نحوه سواء كان في كل جانب شيء من اللحم، وشيء من الأكارع، أو يكون في كل جانب شيء من اللحم، وبعض الجلد، أو يكون في جانب لحم، وأكارع، وفي آخر لحم، وجلد، وإنّما يجوز صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس[٣].

(وَلَوْ شَرَى) مسلم (بَدَنَةً لِلْأضحية)؛ أي: بنية أنْ يضحي بها عن نفسه (ثُمَّ اشْتَرَكَ فِيهَا سِتَّةً) آخرين كلهم يريد التضحية؛ (جَازَ اسْتِحْسَاناً)، والقياس: أنْ لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنها عدها للقربة، فلا يجوز بيعها، وجه الاستحسان: أنّه قد يجد بدنة سمينة، لكن لا يجد الشريك وقت الشراء، فمست الحاجة إلى هذا.

(وَالاشْتِرَاكُ قَبْلَ الشِّرَاءِ أَحَبُّ) لبعده عن الاختلاف، وذلك بأنْ يطلب الشركاء، فإذا اجتمعوا اشتروا البدنة معاً، أو فوضوا الأمر إلى الأول،

---

(١) في (ج): (وأراده).
(٢) في (ج): (وجواز).
(٣) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٦٧/١)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣١٧/٦).

فيشتريها على الشركة، وعن أبي حنيفة: يُكره الاشتراك بعد الشراء، وبه أخذ زفر[(١)].

(وَأَوَّلُ وَقْتِهَا بَعْدَ فَجْرِ النَّحْرِ) وهو العاشر من ذي الحجة؛ يعني: أنّ وقت التضحية له أول وآخر، فلا يجوز قبل دخول[(٢)] الأول، ولا بعد خروج الآخر، فأول[(٣)] ذلك الوقت يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر، ولكن أهل السواد، وسكان البوادي يجوز لهم الذبح في أول الوقت[(٤)].

(وَلَا تُذْبَحُ فِي الْمِصْرِ قَبْلَ صَلَاةِ الْعِيدِ)؛ لقوله: «إِنَّ أَوَّلَ نُسُكِنَا فِي هَذَا الْيَوْمِ الصَّلَاةُ، ثُمَّ الأَضْحِيَةُ»[(٥)]، وهذا الشرط في حق من تجب عليه الصلاة، [وهو المصري دون أهل السواد؛ ولأن التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة][(٦)]، والقروي[(٧)] لا تجب عليه صلاة العيد، فلا معنى للتأخير في حقه[(٨)].

(وَآخِرُهُ)؛ أي: آخر وقت الأضحية (قُبْلَ[(٩)] غُرُوبِ الْيَوْمِ الثَّالِثِ)؛

---

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥٦/٤)؛ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٩٨/٦).

(٢) في (ب): (دحول).

(٣) في (ج): (فالأول).

(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٩/٥)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٦٨/١).

(٥) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، بلفظ: (إن أول ما نبدأ به في يومنا هذا أن نصلي، ثم نرجع فننحر، من فعله فقد أصاب سنتنا، ومن ذبح قبل، فإنما هو لحم قدمه لأهله، ليس من النسك في شيء). كتاب: الأضاحي، باب: سنة الأضحية، (٩٩/٧)، رقم الحديث (٥٥٤٥)، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الأضاحي، باب: وقتها، (١٥٥٣/٣)، رقم الحديث (١٩٦١).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) في (ج): (والقردى).

(٨) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥٧/٤)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٩٩/٨).

(٩) في (أ)، (ب): (قبيل)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

أي: قبل شروع[(١)] الشمس في الغروب في اليوم الثالث من العيد، فيكون وقتها ثلاثة أيام: يوم العيد، ويومان بعده، وعند الشافعي[(٢)]: يجوز في اليوم الرابع أيضاً، (وَاعْتُبِرَ)؛ أي: اعتبر في وجوب التضحية (آخِرُهُ)[(٣)]؛ أي: آخر الوقت المذكور (لِلْفَقِرِ، وَضِدِّهِ)، فإن كان فقيراً في أول الأيام غنياً في آخرها؛ تجب الأضحية، وفي عكسها، لا تجب، (وَالْوِلَادَةِ، وَالْمَوْتِ)، فإن ولد الولد في اليوم الآخر؛ تجب الأضحية له على رواية الوجوب، وإن مات في اليوم الآخر؛ لا تجب[(٤)]، (وَأَوَّلُهَا أَفْضَلُهَا)؛ لأن فيه مسارعة إلى أداء القربة، وهو الأصل إذا لم يكن له معارض[(٥)].

[قوله][(٦)]: (وَكُرِهَ الذَّبْحُ لَيْلاً)؛ أي: في الليل شامل للنحر أيضاً، وكراهته تنزيهية، فلا تنافي الجواز، وإنّما جاءت[(٧)] الكراهة من احتمال الغلط في ظلمة الليل، فإذا حصل الأمان عنه انتفت الكراهة[(٨)].

(فَإِنْ فَاتَ وَقْتُهَا قَبْلَ ذَبْحِهَا؛ لَزِمَ التَّصَدُّقُ بِعَيْنِ الْمَنْذُورَةِ حَيَّةً، وَكَذَا مَا شَرَاهَا فَقِيرٌ لِلتَّضْحِيَةِ)؛ يعني: لو لم يُضح حتى [ب/٣٩٩] مضت أيام النحر، فإنْ كان غنياً، وقد أوجبها على نفسه بنذر، أو كان فقيراً، وقد اشترى الشاة لأجل التضحية تصدق بها حية في الوجهين، (وَالْغَنِيُّ يَتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهَا شِرَاهَا أَو لا)؛ لأنها واجبة على الغني حتماً، وتجب على الفقير حيث اشتراها بنية

---

(١) في (ب، ج): (شروح).
(٢) ينظر: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي: (ص: ٢٣٤)؛ اللباب في الفقه الشافعي: (ص: ٣٩٨).
(٣) في (ج): (آخر).
(٤) في (ج): (تجب).
(٥) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٦٨/١)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٤٦).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (ج): (جازت).
(٨) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٦٨/١)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٤٦).

التضحية عندنا، وإذا فات الوقت يجب[١] عليه التصدق؛ ليخرج به عن العهدة كالجمعة تُقضى بعد فواتها ظهراً إخراجاً عن العهدة بذلك[٢].

قوله: (وَإِنَّمَا يُجْزِئُ فِيهَا)؛ أي: في الأضحية (الْجَذَعُ) بوزن الحَمَل (مِنَ الضَّأْنِ، وَالثَّنِيُّ، فَصَاعِداً مِنَ الْجَمِيعِ) بيان الاثنان[٣] التي تُعتبر في الأضحية، ولا يجوز أقل منها.

الجذع من الضأن: هو الذي أتى عليه أكثر الحول عند الأكثر، وذكر في المبسوط[٤][٥]: إذا تم له سبعة أشهر.

والثني[٦] من الضأن: ما تم له سَنَة، وطعن في الثانية.

وكذا من المعز، ومن البقر: الذي طعن في الحول الثالث.

ومن الإبل: الذي تم له خمس سنين، وطعن من السادسة، ويدخل في البقر الجاموس؛ لأنه من جنسه، إذا عرف هذا، فنقول: الثني[٧] من كل المذكورات يجوز، وما فوقه[٨] بطريق الأولى إلى الضأن، [فإنّ الجذع

---

(١) في (ج): (تجب).

(٢) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٦٦/١)؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣١٥/٦).

(٣) في (أ)، (ب): (الأسنان)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٤) المبسوط: لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السَّرخسي (ت: ٤٨٣هـ) وهو شرح لكتاب «الكافي» للحاكم أبي الفضل محمد بن محمد المروزي (ت: ٣٣٤هـ)، واستوعب فيه أبواب الفقه على مذهب أبي حنيفة، طبع في ثلاثين جزءاً سنة «١٣٢٤هـ» في مطبعة السعادة بالقاهرة. ينظر: مقدمة في أصول البحث العلمي وتحقيق التراث (ص: ١٢١)؛ لمحات في المكتبة والبحث والمصادر (ص: ٢٤٥).

(٥) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٤١/٤).

(٦) في (ج): (وأثنى).

(٧) في (ج): (أثنى).

(٨) في (ج): (وما فوقها).

منه يجزي؛ لقوله ﷺ: «ضَحُّوا بِالثَّنَايَا إِلَّا أَنْ يَعْسَرَ عَلَيْكُمْ، فَلْيَذْبَحْ الْجَذَعَ مِنَ الضَّأْنِ»(١)(٢)، وقال ﷺ: «نِعْمَتْ الْأُضْحِيَّةُ الْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ»(٣) قالوا: هذا إذا كانت عظيمة الجثة بحيث لو خلطت [بالثنيات](٤) يشتبه على الناظر من بعيد إنّها ثنيته(٥).

(وَتَجُوزُ الْجَمَّاءُ): وهي التي لا قرن لها(٦)؛ لأن المقصود لا يتعلق بالقرن، وكذا مكسورة القرن لما ذكرنا.

(وَالْخَصِيُّ)؛ لأنّ لحمه أطيب.

(وَالثَّوْلَاءُ)(٧) فسروها(٨) بالمجنونة(٩)، والصحيح: أنّ الثول حالة تعرض للحيوان، فيصير بها شبيهاً بالمجنون.

(وَالْجَرْبَاءُ السَّمِينَةُ) قيد(١٠) بذلك؛ لأنّها إذا كانت جرباء، وهي مع ذلك سمينة، فالجرب(١١) منها في الجلد [فقط، ولا](١٢) نقصان في اللحم،

---

(١) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، بلفظ: (لا تذبحوا إلا مسنة، إلا أن يعسر عليكم، فتذبحوا جذعة من الضأن). كتاب: الأضاحي، باب: سن الأضحية، رقم الحديث (١٩٦٣)، (١٥٥٥/٣).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: الأضاحي، باب: ما جاء في الجذع من الضأن في الأضاحي (٨٧/٤) رقم الحديث (١٤٩٩). قال شعيب الأرناؤوط: إسناد الحديث ضعيف. ينظر: مسند أحمد: (٤٦١/١٥).

(٤) في (ج): (بالتثنيات).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٧٠/٥)؛ الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٥٩/٤).

(٦) ينظر: العين: (٢٧/٦).

(٧) في (ج): (والثولى).

(٨) في (ج): (وفسروها).

(٩) ينظر: معجم ديوان الأدب: (٤١٥/٣).

(١٠) في (ب): (قيدها)، وفي ج: (فقيد).

(١١) في (ب): (فالحرب).

(١٢) سقط من: (ج).

ثمّ أردف ما يجوز التضحية بها ببيان ما (لَا) يجوز؛ أي: يضحى بها فقال: (الْعمْيَاء)؛ أي: لا تجوز التضحية بها، وهي عديمة العينين معاً.

(وَالْعَوْرَاءُ): وهي العديمة إحديهما[١] خِلْقة كان ذلك، أو لآفة[٢].

(وَالْعَجْفَاءُ الَّتِي لَا تُنْقِي): هي ما يكون عجفها إلى حدٍّ لا يكون في عظامها نقي، وهو المخ؛ لأن ذلك أفحش العجف[٣].

(«وَالْعَرْجَاءُ الَّتِي لَا تَمْشِي إِلَى الْمَنْسَكِ»[٤]؛ أي: «المذبح»[٥]؛ لقوله ﷺ: «لَا تُجْزِئُ[٦] فِي الضَّحَايَا أَرْبَعَةٌ: الْعَوْرَاءُ [الْبَيِّنُ عَوَرُهَا][٧]، وَالْعَرْجَاءُ الْبَيِّنُ عَرَجُهَا، وَالْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا، وَالْعَجْفَاءُ الَّتِي لَا تُنْقِي»[٨]، وفائدة تقييد هذه المذكورات بما ذكر هي: أنّ الحيوان قلما يخلو عن شيء منها، والوقوف عليه متعسرٌ، ومتعذرٌ، فلا يمكن التحرز عنه، فبينه الشارع فضلاً منه[٩].

(مَقْطُوعَةُ الْيَدِ، أَو الرِّجْلِ) في حكم العرجاء التي لا تمشي إلى

---

(١) في (ج): (أحدهما).
(٢) ينظر: مقاييس اللغة: (١٨٥/٤).
(٣) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٤٧٣).
(٤) تحفة الفقهاء: (٨٦/٣).
(٥) معجم ديوان الأدب: (٢٨٩/١).
(٦) في (أ، ب، ج): (لا يجزئ)، والصواب ما أثبتناه.
(٧) سقط من: (ج).
(٨) أخرجه أبو داود في سننه، بلفظ: (أربع لا تجوز في الضحايا: العوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها، والعرجاء البين عرجها، والكسير التي لا تنقي). كتاب: الضحايا، باب: ما يكره من الضحايا، (٩٧/٣) رقم الحديث (٢٨٠٢)، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند الكوفيين، حديث البراء بن عازب، (٦١١/٣٠) رقم الحديث (١٨٦٦٦). قال شعيب الأرناؤوط: إسناد الحديث صحيح، ورجاله ثقات. ينظر: مسند أحمد: (٦١١/٣٠).
(٩) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١١/١٢)، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٩٢/٦).

المنسك، بل أسوء حالاً منها، فلا حاجة إلى ذكرها لما فهم من العرجاء، (وَذَاهِبَةُ أَكْثَرِ الْعَيْنِ)؛ يعني: ضوؤها.

(أَوْ الْأُذُنِ، أَو الذَّنَبِ[١]، أَوْ الْأَلْيَةِ)، وطريق معرفة ذهاب أكثر العين: أنْ تشد العين المعيبة بعد إنْ كانت جائعة، فيقرب إليها العلف، فينظر من أي مكان رأت العلف؟، [ثمّ تشد العين الصحيحة، ويقرب إليها العلف، فينظر من أي مكان رأت العلف؟، فينظر إلى تفاوت [أ/٤٠٠] ما بين المكانين][٢]، وإنْ كان الثلث؛ فالذاهب الثلث، وإنْ كان نصفاً، فالنصف[٣].

(وَفِي ذَهَابِ النِّصْفِ) من كل واحد من الأعضاء المذكورة (رِوَايَتَانِ) في جواز التضحية عن أبي حنيفة، وقيل: الروايتان عنه، وعن أبي يوسف، (وَتَجُوزُ)[٤] التضحية (إِنْ ذَهَبَ) منها (أَقَلُّ مِنْهُ)؛ أي: من النصف؛ لأن الشيء إنّما يوصف بالكثرة إذا كان ما يقابله أقل؛ لأنّ القلة والكثرة من أسماء الأضداد والمقابلة، ولما كانت الكثرة هنا مفقودة امتنع حكمها.

(وَقِيلَ: إِنْ ذَهَبَ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلُثِ لَا تَجُوزُ، وَقِيل) أيضاً: (إِنْ ذَهَبَ الثُّلُثُ؛ لَا تَجُوزُ)؛ لأنّه كثير بنص الشارع[٥][٦].

---

(١) في (ج): (الذئب).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٥/٦)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (٢٠١/٨).

(٤) في (ج): (ويجوز).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٧٥/٥)؛ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٦/٦).

(٦) والمراد بنص الشارع قوله ﷺ لسَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ ﷺ: (فَالثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ). أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الوصايا، باب: أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، (٣/٤)، رقم الحديث (٢٧٤٢).

قوله: (وَلَا يَضُرُّ تَعْيِيبُهَا مِنْ اضْطِرَابِهَا عِنْدَ الذَّبْحِ) جواب عن سؤال لا يخفى تقديره، ولا يشتبه على الفقيه البينة تقريره، وقوله: عند الذبح شامل لما قبله، وبعده إذا كان[١] متصلاً به واقعاً من مقدماته[٢].

(وَإِنْ) اشترى سبعة بدنة، ثمَّ (مَاتَ أَحَدُ سَبْعَةٍ قبل)[٣] النحر، (وَقَالَ وَرَثَتُهُ)، وهم كبار: (اذْبَحُوهَا عَنْكُمْ، وَعَنْهُ)؛ أي: عن ذلك الميت؛ (صَحَّ)، وأجزأهم استحساناً، والقياس: أنْ لا يجوز[٤]، وهو رواية عن أبي[٥] يوسف؛ لأنه تبرع عن الغير بالإتلاف، فلا يجوز، وجه الاستحسان: إنّ القربة قد تقع[٦] عن الميت كالتصدق[٧].

(وَكَذَا لَوْ ذَبَحَ بَدَنَةً عَنْ أضحية، وَمُتْعَةٍ[٨]، وَقِرَانٍ)[٩]؛ يعني: لو اشترك ثلاثة في بدنة، فنوى أحدهم عن أضحية، والآخر عن دم متعة، والثالث عن دم قران، وذبحوها[١٠]، فإنّه يصح عندنا؛ لاتحاد المقصود في كون الكل قربة، وقد وجد ذلك، وإن اختلفت جهاتها[١١]، ثمّ إنّ المصنّف

---

(١) في (ج): (كانت).

(٢) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٤٧)؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٦/٣٢٥ ـ ٣٢٦).

(٣) في (ج): (من).

(٤) في (ج): (لا تجوز).

(٥) في (ج): (أبو).

(٦) في (ج): (يقع).

(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٦٠)، والجامع الصغير وشرحه النافع الكبير: (ص: ٤٧٣).

(٨) متعة الحج: جمع غير مكي بين الحج والعمرة في أشهر الحج في سفر واحد. ينظر: البناية شرح الهداية: (٤/٣٠٠).

(٩) القِران: هو الجمع بين الحج والعمرة بإحرام واحد في سفر واحد. ينظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: (ص: ٤٩).

(١٠) في (ج): (وذبحوه).

(١١) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (١/٢٧٠)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (٢/٣٨٧).

شرع في بيان حال الأضحية، وقت الذبح، أو بعده، وكيفية التصرف فيها، فقال: (وَيَأْكُلُ) المضحي غنياً، أو فقيراً (مِنْ لَحْم أُضْحِيَّتِهِ، وَيُطْعِمُ مَنْ شَاءَ مِنْ غَنِيٍّ، وَفَقِيرٍ)؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾ [الحج: ٢٨]، ولقوله ﷺ: «كُنْت نَهَيْتُكُمْ عَنْ أَكْلِ لُحُومِ الْأَضَاحِيِّ، فَكُلُوا مِنْهَا، وَادَّخِرُوا»[(١)(٢)]، ومتى جاز أكله منها، وهو غني، فإطعامه من كان غنياً بطريق[(٣)] الأولى، (وَنُدِبَ أَنْ لَا تَنْقُصَ الصَّدَقَةُ عَن الثُّلُثِ)؛ لأنّ جهات الانتفاع بها ثلاثة: الأكل[(٤)]، والإطعام، والادخار، فينبغي أنْ لا ينقص[(٥)] كل واحد منها عن الثلاث[(٦)].

(وَ) ندب (تَرْكِهِ)؛ أي: [ترك][(٧)] التصدق (لِذِي[(٨)] عِيَالٍ) متعلق بندب، وهو وسط الحال في اليسار (تَوْسِعَةً عَلَيْهِمْ)؛ أي: العيال: وهو بالكسر جمع[(٩)] عيل، وجمعه: عيائل، كجيد، وجيائد.

---

(١) في (ج): (وادغروا).

(٢) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، بلفظ: (نهى رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الضحايا: بعد ثلاث، قال عبدالله بن أبي بكر: فذكرت ذلك لعمر، فقالت: صدق، سمعت عائشة، تقول: دف أهل أبيات من أهل البادية حضرة الأضحى زمن رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: «ادخروا ثلاثاً، ثم تصدقوا بما بقي»، فلما كان بعد ذلك، قالوا: يا رسول الله، إن الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم، ويجملون منها الودك، فقال رسول الله ﷺ: «وما ذاك؟» قالوا: نهيت أن تؤكل لحوم الضحايا بعد ثلاث، فقال: «إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت، فكلوا وادخروا وتصدقوا»)، كتاب: الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام، (١٥٦١/٣)، رقم الحديث (١٩٧١).

(٣) في (ج): (بالطريق).

(٤) في (ج): (للأكل).

(٥) في (ج): (لا ينقض).

(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٢٠/٥)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٨/٦).

(٧) سقط من: (أ، ج).

(٨) في (أ): (لدى)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٩) في (أ): (جميع)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

قوله: (وَتَرْكِهِ) معطوف على قوله: (أَنْ لَا تَنْقُصَ)؛ لأنَّ كلمة أنْ مع ما بعدها بمعنى المصدر؛ يعني: وندب عدم تنقيص (الصَّدَقَةُ) إلى آخره، (وَتَرْكُهُ) أيضاً لمن كان (ذَا عِيَالٍ) مندوب، وعيال الرَّجل: من يعوله، وينفق عليه(١).

وندب لمن أراد التضحية (أَنْ يَذْبَحَ) أضحيته (بِيَدِهِ إِنْ أَحْسَنَ)؛ يعني: إنْ كان يحسن الذبح، ويقدر عليه؛ لأن الأولى في القربان أنْ يتولى بنفسه.

قوله: (وَإِلَّا يَأْمُرُ غَيْرَهُ) استثناء من قوله: (أنْ يذبح بيده)؛ يعني: وإنْ لم يكن(٢) يحسن الذبح يأمر غيره به سواء كان بأجر، أو بغيره، فيفوض(٣) ذلك إلى الذابح استعانة(٤) به، فيقوم مقام الآلة له(٥)(٦).

(وَ) ندب [ب/٤٠٠] أن (يَحْضُرُهَا)؛ يعني: [إذا أمر الغير](٧) بذبحها؛ ليشاهده بنفسه؛ لقوله ﷺ لفاطمة(٨) ﵂: «قُومِي فَاشْهَدِي أُضْحِيَّتَكِ، فَإِنَّهُ يُغْفَرُ لَكِ بِأَوَّلِ قَطْرَةٍ(٩) مِنْ دَمِهَا كُلُّ ذَنْبٍ»(١٠)،

---

(١) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٧١/١)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٤٨).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (فيفرض).
(٤) في (أ، ج): (استعالة)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٥) في (ج): به.
(٦) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٩/٦)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٤٨).
(٧) في (ج): (أنْ يأمر، والغير).
(٨) هي فاطمة بنت رسول الله ﷺ سيدة نساء العالمين ما عدا مريم بنت عمران صلى الله عليهما، أمها خديجة بنت خويلد، وكانت فاطمة تكنى أم أبيها، وكانت أحب الناس إلى رسول الله ﷺ وزوجها من علي ﵁ بعد أحد. ينظر: أسد الغابة: (٢١٦/٧).
(٩) في (ج): (نضرة).
(١٠) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير بلفظ: (يا فاطمة، قومي فاشهدي أضحيتك، فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذَنْب عملتيه، وقولي: إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له، وبذلك أمرت وأنا من المسلمين، قال عمران: يا رسول الله، هذا لك ولأهل بيتك خاصة، فأهل ذاك أنتم، أو للمسلمين=

الحديث[١].

(وَيُكْرَهُ[٢] أَنْ يَذْبَحَهَا كِتَابِيٌّ)؛ لأن التضحية عمل قربة، وغير المُسْلم ليس بأهل لها، لكن لو أمره المُسْلم بذلك؛ جاز؛ لأنه وإنْ لم يكن من أهل القربة، لكنّه من أهل الذكاة، وهذه القربة أقيمت بإنابته، وبنيته بخلاف ما لو أمر المجوسي، فإنّه لا يجوز أصلاً؛ لأنه ليس بأهل للقربة، ولا للذكاة، فكان فعله ذلك إفساداً[٣].

(وَيَتَصَدَّقُ بِجِلْدِهَا، أَوْ يَعْمَلُهُ آلَةً كَجِرَابٍ، أَوْ خُفٍّ، أَوْ فَرْوٍ)؛ لأن الجلد جزء منها كاللحم، فيذهب به مذهب[٤] اللحم يتصدق[٥] الادخار، (وَيَشْتَرِي مَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ كَغِرْبَالٍ وَنَحْوِهِ)، والفرق بين هذا، وما قبله إنّ ذاك يكون ببقاء عين[٦] الجلد مع تبدل صورته، وهذا بأنْ يجعل ثمناً لغيره؛ وذلك لأن الانتفاع جائز على أي وجه كان بعد أنْ يكون هو، أو بدله باقياً في البيت؛ لأن البدل يُعطى له حكم البدل[٧].

(لَا)؛ أي: لا يشتري (مَا يُسْتَهْلَكُ)؛ يعني: أنّ[٨] الاستحسان في الجلد إذا جعل بدلاً ممّا[٩] ينتفع به [أنْ يكون المبدل][١٠] ممّا تبقى عينه

= عامة؟ قال: بل للمسلمين عامة). (٢٣٩/١٨) رقم الحديث (٦٠٠)، وأخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين (٢٤٧/٤)، رقم الحديث (٧٥٢٤)، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٨/١٢)؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٧٩/٥).

(٢) في (ج): (وتكره).

(٣) ينظر: البناية شرح الهداية: (٥٨/١٢)؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين: (رد المحتار): (٣٢٨/٦).

(٤) في (ج): (نديب).

(٥) في (ب، ج): (بتصدق).

(٦) في (ج): (أعني).

(٧) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٤/١٢)؛ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٩٥/٦).

(٨) في (ج): (بأن).

(٩) في (ج): (فما).

(١٠) سقط من: (ج).

بعد الاستعمال لا[(١)] أنْ يكون ممّا يستهلك بالاستعمال (كَخَلٍّ، وَشَبَهِهِ) من الأدم اعتباراً بالبيع بالدراهم، والمعنى فيه: أنّه تصرف على قصد التمول، (فَإِنْ بَدَّلَ اللَّحْمَ، أَو الْجِلْدَ بِهِ)؛ أي: بما يستهلك بقاؤه في الدنيا يبقى[(٢)] ثواب (يَتَصَدَّقُ[(٣)] بِهِ) في الآخرة[(٤)].

(وَلَوْ ذَبَحَ أضحية غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ؛ جَازَ) وهذا استحسان عندنا، ولا ضمان على الذابح، والقياس به لا يحل [له][(٥)] ذلك، ويضمن قيمتها لمالكها وهو قول زفر، ووجهه: أنّه ذبح شاة غيره بغير أمره، فيضمنها كما لو ذبح شاة القصاب، وإذا لزم الضمان[(٦)] لا تجزئ عن الأضحية، ووجه الاستحسان: إنّها تعيب[(٧)] للذبح بنفسها للأضحية حيث اشتراها بنية الأضحية، وحيث كان ذبحها لازماً في أيام الأضحية، وتعينت له وجب عليه ذبحها بنفسه، أو بمعونة غيره، فصار إذناً للذابح دلالة[(٨)]؛ لأنها تفوت بمضي هذه الأيام، وعسى أنْ يعرض[(٩)] للمالك ما يعجز به عن إقامة ذلك الواجب، فصار كما إذا ذبح شاة شد[(١٠)] القصاب رِجلها، ووجهها للذبح، فيكون راضياً به ظاهراً[(١١)].

(وَلَوْ غَلِطَ اثْنَانِ) بأنْ كان أضحيتاهما[(١٢)] في مكان واحد، (فَذَبَحَ

---

(١) في (ج): (إلا).
(٢) في (ج): (تبقى).
(٣) في (ب): (التصدق)، وفي (ج): (الصدقة).
(٤) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٤٨)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣٢٨/٦).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (الزمان).
(٧) في (ج): (تعبت، أو تعيت).
(٨) في (ج): (ودلالة).
(٩) في (ب): (بغرض).
(١٠) في (ج): (بشد).
(١١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٦١/٤)؛ الاختيار لتعليل المختار: (٢١/٥).
(١٢) في (ب): (أضحياهما)، وفي (ج): (أصحياهما).

كُلٌّ)؛ أي: كل واحد منهما (**شَاةَ الْآخَرِ**) على ظن أنّها أضحيته؛ (**صَحَّ**) ذلك، وجازت[(١)] الأضحيتان [عنهما][(٢)] معاً، (**وَلَا ضَمَانَ**) لأحدهما على الآخر، وإنْ تفاوتت قيمتها، (**وَيَتَحَالَّانِ**)؛ أي: يحلل كل واحد منهما صاحبه، وهذه المسألة أيضاً استحسانية، وإنْ كان القياس هو الضمان، وعدم صحته؛ لأنه ذبح شاة غيره بغير إذنه، وجه الاستحسان: أنّ كل واحد منهما[(٣)] يكون راضياً بفعل صاحبه، فيكون مأذوناً فيه دلالة، فيقع الذبح عنه[(٤)]، ونية صاحبه تقع لغواً[(٥)].

(**وإن تشاحا**)[(٦)] ولم [أ/٤٠١] يرضيا بالتحالل (**ضَمَّنَ كُلٌّ**) منهما[(٧)] (**صَاحِبَهُ قِيمَةَ لَحْمِهِ**)؛ أي: قيمة لحم الشاة التي ذبحها، (**وَتَصَدَّقَ بِهَا**)؛ أي: بتلك القيمة، هذا إنْ[(٨)] كان كل [واحد][(٩)] منهما[(١٠)] استهلك لحم شاة الآخر بعد أنْ ذبحها، وإن كان اللحم قائماً؛ أخذ[(١١)] كل منهما لحم شاته من غير تضمين بشيء؛ لأن كل منهما وكيل عن الآخر دلالةً[(١٢)(١٣)].

(**وَصَحَّت**[(١٤)] **التَّضْحِيَةُ بِشَاةِ الْغَصْبِ**) خلافاً لزفر (**دُونَ شَاةِ الْوَدِيعَةِ**) اتفاقاً؛ يعني: لو غصب شاة، فضحى بها، جاز عن أضحية بخلاف ما لو

---

(١) في (ج): (وجارت).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (منها).
(٤) في (ج): (عند الذبح).
(٥) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٦/٩).
(٦) في (ب): (شاحا).
(٧) في (ج): (منها).
(٨) في (ج): (إذا).
(٩) سقط من: (أ)، (ب).
(١٠) في (ج): (منها.
(١١) في (ج): (أحد).
(١٢) في (ج): (ودلالة).
(١٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٢/١٨)، والهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٦٢).
(١٤) في (ج): (وضحية).

كان عنده شاة وديعة، فضحى بها، والفرق: أنّه مالكها[١] بالغصب السابق على الذبح بخلاف الوديعة، فإنّه يملكها بالذبح، فالمِلْك ثابت بعده[٢] (وَضَمِنَهَا)؛ أي: المغصوبة[٣]، والوديعة اتفاقاً[٤].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) في (ج): (ملكها).
(٢) في (ب): (وعده).
(٣) في (ج): (المغصوب).
(٤) ينظر: تحفة الفقهاء: (٨٧/٣)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢٧١/١).

كِتَابُ الْكَرَاهَةِ

هي مصدر: كرهت الشيء كراهة، وكراهية بالتخفيف، من باب علم، فهو مكروه: إذا لم يرده، ولم يرضه[(١)].

ومنهم من ترجم هذا الكتاب [بكتاب][(٢)]: الحظر والإباحة[(٣)]، ومنهم من أطلق عليه الاستحسان[(٤)]، والكل حسن.

واعلم أنّ السلف رحمهم الله[(٥)] تكلموا في المكروه، وفي نسبته إلى الحرام، والمذكور[(٦)] في الأصول: أنّ الفعل الذي تركه أولى إنْ كان مع المنع، فهو حرام، وإلا فمكروه؛ يعني: إنْ كان ممنوعاً من جهة الشرع[(٧)] مع إنّ تركه أولى من جهة العقل، كأكل الميتة في حالة الاختيار، فهو

(١) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٤٠٧).

(٢) سقط من: (أ).

(٣) القدوري في مختصره، سمى هذا الكتاب بكتاب الحظر والإباحة. ينظر: مختصر القدوري (ص: ٢٤٠).

(٤) كما في الأصل المعروف بالمبسوط للشيباني، سماه بكتاب: الاستحسان، وكذلك الإمام السرخسي في المبسوط. ينظر: الأصل المعروف بالمبسوط، للشيباني: (٤٨/٣). المبسوط، للسرخسي: (١٤٥/١٠).

(٥) في (ج): (رحمة الله عليهم).

(٦) في (ج): (المذكور).

(٧) في (ب): (السرع).

حرام، وإنْ كان غير ممنوع من جهة الشرع، لكن(١) تركه أولى عند العقل، كأكل الميتة عند الاضطرار(٢)، فهو مكروه.

وقول المصنِّف [رَحِمَهُ ٱللَّهُ](٣): (الْمَكْرُوهُ إِلَى الْحَرَامِ أَقْرَبُ) هو المنقول عن الشيخين، وهو بناءً على أنّ الشيء، أو الفعل إمّا حلال أو حرام، أو يكون واسطة بينهما، والواسطة إنْ كان إلى الحلال أقرب؛ فهو المباح، وإنْ كان إلى الحرام أقرب؛ فهو المكروه.

(وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: كُلُّ مَكْرُوهٍ حَرَامٌ) وهو مبنيٌّ على عدم اعتبار الواسطة (وَلَمْ يَلْفِظْ بِهِ) محمد؛ أي: لم يطلق الحرام عليه؛ (لِعَدَمِ) وجدان الدليل (الْقَاطِعِ) فيه.

قوله: (وَلَمْ يَلْفِظْ بِهِ) إلى آخره جواب عن سؤال تقديره: لما كان مذهب محمد: إنّ كل مكروه حرام، فلأي معنى لم يطلق عليه لفظ الحرام؟

والجواب: أنَّه لم يجد نصاً(٤) قطعياً من الكتاب، أو السُّنة، ولا وقف على إجماع من السلف يدل على ذلك، فلذلك لم يطلق لفظ الحرام، لكنّه لا يقول بالواسطة بين الحلال والحرام.

والمتأخرون(٥) توسعوا في ذلك حتى قسموا المكروه أيضاً إلى قسمين: فقالوا: إنْ كان إلى الحلال أميل؛ فهو المكروه(٦) مطلقاً، وهو الذي عقد الكتاب لبيانه يتنوع إلى فصول بدأ منها ببيان الأهم، فقال:

---

(١) في (ج): (لكنه).
(٢) في (ا): (الاصطرار)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ): (رضا)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٥) في (ب): (والمتاجرون).
(٦) في (ج): (مكروه).

فَصْلٌ
فِي الأَكْلِ

وهو يشتمل على بيان الشرب أيضاً، ولهذا زاد في الهداية لفظ حيث قال: «فصل في الأكل، والشرب»[(١)]، وإنّما تركه المصنِّف اعتماداً على انفهامه التزاماً؛ ولأن الضمائر الآتية عقيبه في التقسيم إنّما تعود إلى الأكل، فلم يستحسن دخول فاصل بينهما مع أنّ الحكم فيهما واحد، ثمّ إنّه شرع في بيان أقسام الأكل[(٢)]، فقال:

(مِنْهُ) [ب/٤٠١] (فَرْضٌ)[(٣)] إطلاق الفرضية عليه باعتبار أنّه سبب لإقامته؛ إذ[(٤)] قوام البدن إنّما يكون بالأكل والشرب، وما لم يتقوم البدن لا يمكن القيام بأمر العبادة التي فرضها الله تعالى على العباد، وخلقهم لأجلها، ثمّ إنّ الفرض المذكور من الأكل، (وَهُوَ بِقَدْرِ مَا يَنْدَفِعُ بِهِ الْهَلَاكُ)؛ يعني: أنّ أقله ذلك، وقَدَّر بعض المجربين مما اعتيد تناوله كالخبز، واللحم، أو غيره من الإدام بوزن مئة درهم للشخص الواحد في اليوم والليلة، ولا حرج[(٥)] في شيء من ذلك إنّما هو بحسب العادة، والزمان، والمكان[(٦)].

---

(١) الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٦٣).

(٢) في (ج): (الكل منه).

(٣) الفرض: لغة: الإلزام. ينظر: لسان العرب: (٧/٢٠٢ ـ ٢٠٣).
واصطلاحاً: هو ما طلب الشارع فعله طلباً جازماً بدليل قطعي الثبوت والدلالة، كالصلاة والزكاة والجهاد، وحكمه: وجوب فعله وأن منكره كافر مرتد. ينظر: أصول البزدوي: (١/١٣٦)؛ أصول السرخسي: (١/١١٠).

(٤) في (ج): (إذا).

(٥) في (أ): (ولا خرج)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٦) ينظر: تحفة الملوك: (ص: ٢٧١).

(وَ) منه (مَنْدُوبٌ، وَهُوَ مَا زَادَ لِيَتَمَكَّنَ مِنَ الصَّلَاةِ قَائِماً، وَيَسْهُلُ عَلَيْهِ الصَّوْمُ).

(وَ) منه (مُبَاحٌ)[(١)] لا أجر[(٢)] فيه، ولا وزر، ويحاسب عليه حساباً يسيراً إنْ كان من حل[(٣)(٤)]، (وَهُوَ مَا زَادَ إِلَى) حد (الشِّبَعِ).

وقوله: (لِزِيَادَةِ قُوَّةِ الْبَدَنِ) تعليل، وبيان لوجه الزيادة؛ يعني: إنْ كان المقصود به لزيادة قوة البدن على الطاعة، والعبادة لا أنْ يكون لأجل التلذذ، أو لاغتنام الطعام اللذيذ، أو نحو ذلك[(٥)].

قوله: (وَحَرَامٌ) هذا ثالث الأقسام (وَهُوَ الزَّائِدُ عَلَيْهِ)؛ أي: على الشبع؛ لأنه إضاعة للمال، وأمراض للنفس؛ ولأنه تبذير، وإسراف (إلَّا) أنْ يكون الزائد فوق الشبع؛ (لِقَصْدِ التَّقَوِّي عَلَى صَوْمِ الْغَدِ، أَوْ لِئَلَّا يَسْتَحِيَ الضَّيْفُ)، أو ليطيب قلب المضيف، فحينئذٍ لا يكون حراماً، بل يكون مأجوراً عليه هذا استثناء من قوله: (وحرام)[(٦)].

---

(١) المباح لغةً: يطلق على الظهور والإجهار، يقال: باح بسره: إذا أظهره، ويطلق على الحلال والإطلاق، يقال: أبحتك الشيء؛ أي: أحللته لك، وأباح الشيء: أطلقه. ينظر: لسان العرب: (٤١٦/٢)، اصطلاحاً: ما لا يستحق بفعله الثواب ولا بتركه العقاب. ينظر: الفصول في الأصول، للجصاص: (٨٩/٢).

(٢) في (ج): (لا جرم).

(٣) في (ج): (كل).

(٤) الاختيار لتعليل المختار: (١٧٣/٤).

(٥) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣٣٩/٦).

(٦) الحرام لغة: وهو نقيض الحلال وجمعه حرم، والتحريم ضد التحليل، والحرام يراد به المنع، وهو ما لا يحل انتهاكه. ينظر: لسان العرب (١١٩/١٢ ـ ١٢٥)؛ مختار الصحاح: (٥٦/١)، واصطلاحاً: وهو ما طلب الشارع تركه طلباً جازماً، بدليل قطعي الثبوت والدلالة وهي نصوص الكتاب، والسُّنة المتواترة، والإجماع، وهذا مقتضاه التحريم، وهو ما يقابل الفرض. ينظر: التقرير والتحبير: (١٠٣/٢)، وأصول الفقه، لمحمد الخضري: (ص: ٥٧). ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٥١/٥)؛ منحة السلوك في شرح تحفة الملوك: (ص: ٤٧٠).

(وَلَا تَجُوزُ الرِّيَاضَةُ بِتَقْلِيلِ الْأَكْلِ حَتَّى يَضْعُفَ عَنْ أَدَاءِ الْعِبَادَةِ) لما ذكر: إنّ الزيادة على الشبع لقصد التقوي على العبادة جائز أردفه بذكر ضده: وهو تقليل الأكل عن حد الشبع على وجه يؤدي إلى الضعف عن أداء العبادة، فإنّ ذلك أيضاً حرام[(١)].

(وَمَن امْتَنَعَ عَنْ أَكْلِ الْمَيْتَةِ حَالَ الْمَخْمَصَةِ، أَوْ صَامَ، وَلَمْ يَأْكُلْ حَتَّى مَاتَ أَثِمَ) صورته: رَجل كان في مفازةٍ، أو نحوها بحيث لم يجد سوى لحم الميتة، ومتيقن أنّه إنْ لم يأكله يموت جوعاً، فلو امتنع من أكله يأثم؛ لأن الشرع قد أباح له ذلك، فكان بالامتناع معاوناً على إهلاك نفسه (بِخِلَافِ مَن امْتَنَعَ مِن التَّدَاوِي حَتَّى مَاتَ)؛ لأنه لا يقين إنّ هذا يشفيه، ولعله يصح من غير علاج[(٢)].

(وَلَا بَأْسَ بِالتَّفَكُّهِ بِأَنْوَاعِ الْفَوَاكِهِ)، ولو قال: بأنواع المآكل، والمشارب، أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على العموم لكان أولى؛ لقوله تعالى: ﴿كُلُوا۟ مِن طَيِّبَـٰتِ مَا رَزَقْنَـٰكُمْ﴾ [البقرة: ٥٧] الآية.

(وَتَرْكُهُ أَفْضَلُ)؛ أي: ومع ذلك، فترك التفكه أفضل؛ لأن التبسيط[(٣)] فيه لا يخلو عن تكلف؛ واعتباره يفضي إلى إضاعة المال مع ما فيه من التشبه بالمترفين[(٤)]، وربما [عد][(٥)] فاعله من المسرفين[(٦)].

(وَاتِّخَاذُ الْأَطْعِمَةِ سَرَفٌ)؛ يعني: تكثير الألوان مع كونه محيراً للطبيعة، ومضراً بالأبدان يعد من الإسراف؛ إذا لم تدع الحاجة إليه، كما يروى أنّ

---

(١) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣٣٩/٦).
(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٤/٤).
(٣) في (أ)، (ب): (التبسط)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٤) في (ج): (المترفهين).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: منحة السلوك في شرح تحفة الملوك: (ص: ٤٧٢).

عمر بن عبد العزيز[١] رَحِمَهُ اللَّهُ[٢] كان يصوم، وطعامه العدس بالزيت، ويطعم أمراء الجيش، وقواد العساكر من أنواع الأطعمة، ونفائس الألوان[٣].

(وَكَذَا وَضْعُ الْخُبْزِ عَلَى الْمَائِدَةِ أَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ الْحَاجَةِ)؛ لأجل الشهرة [أ/٤٠٢] من الإسراف[٤].

(وَمَسْحُ الْأَصَابِعِ وَالسِّكِّينِ بِالْخُبْزِ) إلا أنْ يفعل ذلك ليأكله بعده[٥].

(وَوَضْعُ الْمَمْلَحَةِ عَلَيْهِ مَكْرُوهٌ) وكذا البقل، ونحو ذلك؛ لأنّ فيه إهانة للخبز، وابتذالاً له مع أنّ حقه التعظيم، والصيانة[٦].

(وَسُنَّةُ الْأَكْلِ) منها أقوال ومنها أفعال: فمن الأول: (الْبَسْمَلَةُ فِي أَوَّلِهِ، وَالْحَمْدَلَةُ فِي آخِرِهِ)، وذلك بأنْ يقول عند أول لقمة يتناولها: بسم الله الرحمن الرحيم، وعند آخر لقمة يبتلعها[٧]: الحمد لله رب العالمين[٨].

ومن الثّاني: قوله: (وَغَسْلُ الْيَدِينِ قَبْلَهُ، وَبَعْدَهُ)، وهو معطوف على البسملة إلى آخره؛ يعني: إنّ من سُنَّة الأكل فعلاً: أنْ يغسل يديه قبل الشروع في [الأكل][٩]، وبعد الفراغ منه؛ لأن اليدين آلة للإنسان في كل

---

(١) هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي، أبو حفص، الخليفة الصالح، والملك العادل، وربما قيل له: خامس الخلفاء الراشدين تشبيهاً له بهم، وهو من ملوك الدولة المروانية الأموية بالشام، ولد ونشأ بالمدينة، قال أنس بن مالك رضي الله عنه: ما رأيت أحداً أشبه صلاة برسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ من هذا الفتى، وتوفي سنة (١٠١هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء: (١١٤/٥)، الأعلام، للزركلي: (٥٠/٥).

(٢) في (ج): (رضي الله عنه).

(٣) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (٢٠٨/٨).

(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٤/٤).

(٥) ينظر: المصدر السابق.

(٦) ينظر: تحفة الملوك: (ص: ٢٧٣).

(٧) في (ج): (يبتلها).

(٨) ينظر: المعتصر من المختصر من مشكل الآثار: (٢٢٤/٢).

(٩) سقط من: (ج).

الأعمال، وربما يكون باشر بهما شيئاً مؤذياً، أو غير طاهر.

(**وَيَبْدَأُ**) استحباباً على ما في الاختيار[1] (**بِالشبَابِ قَبْلَهُ، وَبِالشُّيُوخ بَعْدَهُ**)؛ يعني: يبدأ بغسل أيدي الشباب قبل الأكل، [وبغسل أيدي][2] الشيوخ[3] بعد[4] الفراغ من الأكل، أمّا الأول؛ فلأن الشباب أقوى تهمة، وأشد طلباً للطعام، ولا صبر لهم على انتظاره، فيكون تهيؤهم[5] له أهم، وهو بتعجيل غسل اليدين، وأمّا الثّاني؛ فلأنه لم يبقَ بعد الفراغ من الأكل ما ينتظر، وتقديم الشيوخ حينئذ تعظيم له، فيبتدأ به[6].

(**وَلَا يَحِلُّ شُرْبُ لَبَنِ الْأَتَانِ**) وهي: أنثى الحمار الأهلي[7]؛ لأنّ لبن كل حيوان كلحمه في الحل، والحرمة، ولحم الأتان حرام نصاً، فلبنها كذلك، ولا بول إبل، لا يحل استعمال بول الإبل بشرب، ولا بغيره، ولو عمم المصنِّف؛ أي: لو لم يأتِ بلفظ الشرب في لبن[8] الأتان؛ لكان أولى يشمل غيره كما إذا خلط بالمأكول بحيث يكون هو الغالب.

واعلم أنّ بول الإبل عند أبي حنيفة مكروه؛ لأنَّ نجاسته مخففة، وإنّما لم يطلق عليه الحرام؛ لتعارض الأدلة فيه، ولقصة العرنيين[9]، فإنّه ﷺ: «**أمرهم بأنْ يشربوا من ألبان الإبل، وأبوالها**»[10]، ولو كانت حراماً؛ لما

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٥/٤).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (والشيوخ).
(٤) في (أ): (بعده)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٥) في (ج): (تهيؤ)، وزيادة: (اسم).
(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٥/٤)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣٤٠/٦).
(٧) ينظر: مشارق الأنوار على صحاح الآثار: (١٦/١).
(٨) في (أ): (البن).
(٩) في (ج): (العرانيين).
(١٠) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، بلفظ: عن أنس ﷺ: (أن ناساً اجتووا في المدينة، فأمرهم النبي ﷺ أن يلحقوا براعيه ـ يعني: الإبل ـ، فيشربوا من ألبانها وأبوالها، فلحقوا براعيه، فشربوا من ألبانها وأبوالها، حتى صلحت أبدانهم، فقتلوا=

أمرهم[(١)] بشربها، وعند أبي يوسف: لا بأس بها لأجل التداوي، وعند محمد: لا بأس [به][(٢)] مطلقاً؛ لأن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده[(٣)].

(وَ) لا يحل أيضاً استعمال (إِنَاءِ ذَهَبٍ، أَوْ فِضَّةٍ لِرَجُلٍ، أَو امْرَأَةٍ)، والمراد من الاستعمال ههنا هو: الأكل، والشرب، والادهان، والتطيب، وأمّا التحلي، ونحوه، فسيأتي حكمه، ودليل عدم حل الاستعمال المذكور[(٤)] ههنا قوله ﷺ في الذي يشرب في إناء الذهب، والفضة: «إِنَّمَا يُجَرْجِرُ[(٥)] فِي بَطْنِهِ[(٦)] نَارَ جَهَنَّمَ»[(٧)]؛ أي: نصب[(٨)]، أو يتجرع، وإذا ثبت هذا في الشرب، فكذا في الأكل والادهان ونحوهما؛ لأن الكل من باب واحد، ولذلك عبر المصنِّف عنهما بلفظ الاستعمال؛ لأنه يصدق على الجميع[(٩)].

= الراعي، وساقوا الإبل، فبلغ النبي ﷺ، فبعث في طلبهم، فجيء بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم، وسمل أعينهم). كتاب: الطب، باب: الدواء بأبوال الإبل، (١٢٣/٧) رقم الحديث (٥٦٨٦)، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب: حكم المحاربين والمرتدين، (١٢٩٦/٣) رقم الحديث (١٦٧١).

(١) في (ج): (أوهم).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (١٠/٦)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (٢٠٧/٨).

(٤) في (ج): (المذكورة).

(٥) في (ج): (يجرحر).

(٦) في (ج): (بطنها).

(٧) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، بلفظ: (الذي يشرب في إناء الفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم)، كتاب: الأشربة، باب: آنية الفضة، (١١٣/٧) رقم الحديث (٥٦٣٤)، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند النساء، باب: حديث أم سلمة زوج النبي ﷺ (٢٢٧/٤٤) رقم الحديث (٢٦٦١١).

(٨) في (ب، ج): (يصب).

(٩) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٦٣/٤)؛ الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٨٢/٢).

(وَحَلَّ اسْتِعْمَالُ إِنَاءِ عَقِيقٍ وَبِلَّوْرٍ[١]، وَزُجَاجٍ وَرَصَاصٍ)، وقال الشافعي[٢]: يكره؛ لأن هذه[٣] الجواهر أيضاً في معنى الذهب والفضة في التفاخر بها.

قلنا: ليس كذلك؛ لأنه لم يكن من دأب المترفين المسرفين، ولا من عادة المشركين التفاخر بغير الذهب، والفضة[٤] [ب/٤٠٢].

❋ ❋ ❋

فَصْلٌ
فِي الْكَسْبِ

ويعني: قتال الكفار، وإلزامهم للدخول في دِين الإسلام، أو إعطاء الجزية.

(أَفْضَلُهُ[٥] الْجِهَادُ) وأيّاً ما كان، ففيه كسب المال عاجلاً، وتحصيل الأجر والثواب آجلاً.

(ثُمَّ التِّجَارَةُ)؛ لأنه ﷺ باشرها، وكان يتجر لخديجة، وقال ﷺ: «التَّاجِرُ الصَّدُوقُ مَعَ الْكِرَامِ الْبَرَرَةِ»[٦]، وقال ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ سُبْحَانَه وَتَعَالَى

---

(١) في (ج): (وبللور).
(٢) ينظر: الأم للشافعي: (ص: ٢٣).
(٣) في (ج): (هذا).
(٤) ينظر: البناية شرح الهداية: (٧٠/١٢).
(٥) في (ج): (أفضل).
(٦) أخرجه الترمذي في سننه، بلفظ: (التاجر الصدوق الأمين مع النبيين، والصديقين، والشهداء). كتاب: البيوع، باب: ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم، (٥١٥/٣) رقم الحديث (١٢٠٩)، وأخرجه الدارمي في سننه، كتاب: في البيوع، باب: في التاجر الصدوق، (١٦٥٣/٣)، رقم الحديث (٢٥٨١)، وقال أبو عيسى الترمذي: حديث حسن. ينظر: سنن الترمذي: (٥١٥/٣).

يُحِبُّ[(١)] التَّاجِرَ الصَّدُوقَ»[(٢)].

(ثُمَّ الْحِرَاثَةُ)، والزراعة؛ لأنّ أول من فعلها آدم ﷺ، وقال ﷺ: «الزَّارِعُ[(٣)] يُتَاجِرُ رَبَّهُ»[(٤)]، وقال: «اطْلُبُوا الرِّزْقَ تَحْتَ خَبَايَا الْأَرْضِ»[(٥)].

(ثُمَّ الصِّنَاعَةُ): وهي الحرفة؛ لأنّه ﷺ حرض عليها بقوله: «الحِرَافَةُ فِي اليَدِ أَمَانٌ من الفَقْرِ»[(٦)]، وهذا الترتيب هو المشهور، والمتعارف عند الجمهور، ومنهم من فضل الزرع على التجارة؛ لأنّه أعم نفعاً[(٧)]، وقال ﷺ: «مَا زَرَعَ أَوْ غَرَسَ مُسْلِمٌ شَجَرَةً يَتَنَاوَلُ مِنْهَا إِنْسَانٌ أَوْ دَابَّةٌ أَوْ طَيْرٌ إِلَّا كَانَتْ لَهُ صَدَقَةٌ»[(٨)].

قوله: (وَمِنْهُ فَرْضٌ) إلى آخره، لما ذكر أنواع الكسب وترتيبها؛ شرع في بيان ما هو الأهم منها، والأولى بالتقديم من بينها، وعبر عن هذا المعنى بالفرضية، والمراد به: اللزوم لا ما هو حقيقة الشرعية؛ أعني: ما

---

(١) في (أ): (يجب)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٢) ينظر: سنن الترمذي، برقم (١٢٢٧)، باب: ما جاء في التاجر، والاختيار لتعليل المختار: (١٧١/٤).

(٣) في (ج): (الزراع).

(٤) أورده الزيلعي في نصب الراية، وقال عنه: غريب جداً. كتاب المأذون (١٦٦/٤)، رقم الحديث (١).

(٥) أخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده، مسند عائشة، (٣٤٧/٧) رقم الحديث (٤٣٨٤). وأخرجه البيهقي في شعب الإيمان، (٤٣٩/٢) رقم الحديث (١١٧٨)، قال: «ضعيف». ضعيف الجامع الصغير وزيادته: (ص: ١٢٩).

(٦) ينظر: مجمع الأنهر: ١٣٢/٨، والاختيار: ١٨٣/٤.

(٧) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧١/٤)؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٤٦٢/٦).

(٨) أخرجه البخاري في صحيحه، بلفظ: (ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة)، كتاب: المزارعة، باب: فضل الزراعة أو الغرس إذا أكل منه، (١٠٣/٣) رقم الحديث (٢٣٢٠)، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: المساقاة، باب: فضل الغرس والزرع، (١١٨٣/٣) رقم الحديث (١٥٥٣).

ثبت بدليل قطعي يكفر جاحده، ويفسد[١] تاركه[٢]؛ يعني: أنّ كل إنسان مكلَّف يلزمه تحصيل هذا المقدار من الكسب، (وَهُوَ قَدْرُ الْكِفَايَةِ لِنَفْسِهِ، وَعِيَالِهِ، وَقَضَاءِ دُيُونِه)[٣]؛ لما أنّه يتوصل إلى إقامة الفرض إلا بذلك، وهو قضاء الدَّين، ونفقة من يجب عليه نفقته، فإذا حصل ذلك المقدار تندفع الضرورة، ويسعه ترك الإكتساب بعد ذلك[٤].

(وَمُسْتَحَبٌّ)؛ أي: من الكسب ما هو مستحب: وهو ما في فعله ثواب، وليس في تركه عتاب، ولا عقاب[٥]، (وَهُوَ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ)؛ أي: على قَدْر الكفاية لا لتكثير المال، بل (لِيُوَاسِيَ بِهِ فَقِيراً، أَوْ يَصِلَ بِهِ قَرِيباً)، أو يجازي به محسناً، فإنّ الاشتغال بهذا النوع من الكسب المذكور تكون له، أو لغيره قال ﷺ: «خَيْرُ النَّاسِ مَنْ يَنْفَعُ النَّاسَ»[٦][٧].

(وَمُبَاحٌ)؛ أي: ومن الكسب ما يكون مباحاً، وهو ما استوى[٨] طرفاه، والمراد: مخير بين فعله وتركه، (وَهُوَ الزِّيَادَةُ) على ما تقدَّم لا لما ذكر، بل (لِلتَّجَمُّلِ)؛ أي: لإظهار الجميل: وهو بمعنى التحديث بالنعمة، والتنعم بالحلال[٩]، والتلذذ بالطيبات من الرزق؛ ليكون ذلك باعثاً على تحصيل ما يوجب نعيم الأبد في جوار المَلِك الصمد قال ﷺ: «نِعْمَ

---

(١) في (ج): (يفسد).

(٢) ينظر: بديع النظام = نهاية الوصول إلى علم الأصول: (١٤١/١).

(٣) في (ج): (دينه).

(٤) ينظر: الكسب: (ص: ٣٤)؛ الاختيار لتعليل المختار: (١٧٢/٤).

(٥) ينظر: الفصول في الأصول: (٣٠٠/١).

(٦) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط، بلفظ: (المؤمن يألف ويؤلف، ولا خير فيمن لا يألف، ولا يؤلف، وخير الناس أنفعهم للناس)، (٥٨/٦)، رقم الحديث (٥٧٨٧)، وأخرجه الشهاب القضاعي في مسنده، (١٠٨/١)، رقم الحديث (١٢٩)، حديث صحيح، مرفوعاً عن جابر ﷺ. ينظر: كشف الخفاء، للهنداوي: (٣٥٦/٢)، تخريج أحاديث إحياء علوم الدين: (١١٠٤/٣).

(٧) ينظر: تحفة الملوك: (ص: ٢٦٨).

(٨) في (ج): (ما ستوى).

(٩) في (أ): (بالجلال)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

الْمَالُ(١) الصَّالِحُ لِلرَّجُلِ الصَّالِحِ»(٢).

(وَحَرَامٌ)؛ أي: من الكسب ما هو مكروه حرام، (وَهُوَ الْجَمْعُ)؛ أي: كسب المال، وجمعه (لِلتَّفَاخُرِ، وَالْبَطَرِ)، فهذا الكسب مذموم، (وَإِنْ كَانَ مِنْ حِلٍّ)؛ لقوله ﷺ: «مَنْ طَلَبَ(٣) الدُّنْيَا مُفَاخِراً مُكَاثِراً؛ لَقِيَ اللَّهَ تَعَالَى وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ»(٤) نعوذ بالله من ذلك، (وَيُنْفِقُ عَلَى نَفْسِهِ، وَعِيَالِهِ) قال الله تعالى: ﴿أَنفِقُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٦٧] (بِلَا إِسْرَافٍ وَلَا تَقْتِيرٍ) كما هو كان دأب السلف الصالحين [رَحِمَهُمُ اللَّهُ](٥)(٦).

(وَمَنْ قَدَرَ عَلَى الْكَسْبِ؛ لَزِمَهُ)؛ لأن الإنسان مدني بالطبع، [٤٠٣/أ]

---

(١) في (ب، ج): (المولى)، والصواب ما أثبتناه. ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٢٥/٤).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، بلفظ: (سمعت عمرو بن العاص، يقول: قال لي رسول الله ﷺ: «يا عمرو اشدد عليك سلاحك، وثيابك، وأتني»، ففعلت، فجئته، وهو يتوضأ، فصعد في البصر وصوبه، وقال: «يا عمرو، إني أريد أن أبعثك وجها، فيسلمك الله ويغنمك، وأزعب لك من المال زعبة صالحة»، قال: قلت: يا رسول الله: إني لم أسلم رغبة في المال، إنما أسلمت رغبة في الجهاد، والكينونة معك، قال: «يا عمرو، نعمّا بالمال الصالح، للرَّجل الصالح». مسند الشاميين، (٣٣٧/٢٩ ـ ٣٣٨)، رقم الحديث (١٧٨٠٢)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه، (٧/٨) رقم الحديث (٣٢١١)، قال شعيب الأرناؤوط: إسناد الحديث صحيح على شرط مسلم. ينظر: مسند أحمد: (٣٣٨/٢٩).

(٣) في (ج): (قلب).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، بلفظ: (من طلب الدنيا حلالاً استعفافاً عن المسألة، وسعياً على أهله، وتعطفاً على جاره، لقي الله ووجهه كالقمر ليلة البدر، ومن طلب الدنيا مكاثراً بها حلالاً مرائياً، لقي الله وهو عليه غضبان). كتاب البيوع والأقضية، في التجارة والرغبة فيها، (٤٦٧/٤) رقم الحديث (٢٢١٨٦)، وأخرجه الطبراني في مسند الشاميين، مكحول عن أبي هريرة، (٣٣٠/٤) رقم الحديث (٣٤٦٥). قال: «ضعيف». سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة: (١١٩/٣).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) ينظر: الكسب: (ص: ٤٨)؛ منحة السلوك في شرح تحفة الملوك: (ص: ٤٦٧).

وتعيشه يحتاج إلى أسباب[(١)] لا تحصل إلا بالكسب، ولهذا أمر الله تعالى عباده بالاكتساب، والسعي في الأسباب قال جل وعلا: ﴿فَٱمْشُواْ فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُواْ مِن رِّزْقِهِۦ﴾ [الملك: ١٥]، وفي الحديث: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ: يَا عَبْدِي حَرِّكْ يَدَكَ أُنْزِلْ عَلَيْكَ الرِّزْقَ»[(٢)(٣)].

(وَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ لَزِمَهُ السُّؤَالُ)؛ أي: إنْ عجز عن الكسب لمرض، [أو][(٤)] عرض، ولم يكن له من يجب عليه نفقته، فحينئذ يلزمه أنْ يسأل الناس بمقدار ما يندفع به الضرورة عنه؛ لأنه نوع كسب عند العجز قال: «السُّؤَالُ آخِرُ كَسْبِ الْعَبْدِ»[(٥)]، (فَإِنْ تَرَكَهُ حَتَّى مَاتَ أَثِمَ)؛ أي: لو تعين عليه السؤال، وتركه حتى مات جوعاً؛ فإنّه يأثم؛ لأنه أعان على هلاك نفسه مع إنّ الشرع قد أباح له السؤال، (وَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ)؛ أي: إنْ عجز عن السؤال (يُفْرَضُ عَلَى مَنْ عَلِمَ بِهِ أَنْ يُطْعِمَهُ، أَوْ يَدُلَّ عَلَيْهِ مَنْ يُطْعِمُهُ) بأنْ يخبره بحاله صوناً [له][(٦)] عن الهلاك، وإنْ لم يفعل هذا، فإنّه يأثم أيضاً[(٧)].

(وَيُكْرَهُ إِعْطَاءُ سُؤَالِ الْمَسْجِدِ) وهم من يلازم الجلوس في المسجد، أو على بابه للسؤال[(٨)]، ومنهم من يقرأ القرآن، وهم شرهم، ويثاب من

(١) في (أ)، (ب): (أثواب)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٢) أخرجه الإمام أحمد في الزهد، بلفظ: عن الوليد بن عمرو قال: (بلغني أنه مكتوب في التوراة: ابن آدم، حرك يديك أفتح لك باباً من الرزق، وأطعني فيما أمرتك؛ فما أعلمني بما يصلحك). (١٧٨/١) رقم الحديث (٤٣٣)، وأخرجه الطبراني في مكارم الأخلاق، بلفظ: (مكتوب في التوراة: اذكرني إذا غضبت أذكرك إذا غضبت، وإذا ظلمت فاصبر، فإن نصرتي لك خير من نصرتك لك، وحرك يدك أفتح لك باب الرزق). باب فضل من يملك نفسه عند الغضب، (٣٢٥/١) رقم الحديث (٣٩).
(٣) ينظر: الكسب: (ص: ٤٢)؛ المبسوط، للسرخسي: (٢٤٩/٣٠).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: (١٢٤/٢٣)، المبسوط، للسرخسي: (١٤/٣).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: الكسب: (ص: ٦٢)؛ الاختيار لتعليل المختار: (١٧٥/٤).
(٨) في (أ): (السؤال)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

منعهم، وأخرجهم، وقد جاء [في][1] الأثر[2]: «يُنَادَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ لِيَقُمْ بَغِيضُ اللَّهِ [تعالى][3]، فَيَقُومُ سُؤَّالُ الْمَسْجِدِ»[4] وهو بتشديد الهمزة، جمع سائل، والإضافة فيه بمعنى في بناءً على ما هو الغالب، (وَقِيلَ: إِنْ كَانَ) السائل في المسجد (لَا يَتَخَطَّى رِقَابَ النَّاسِ) بأن يخرق[5] الصفوف عرضاً، ويتعدى من صف إلى صف.

(وَلَا يَمُرُّ بَيْنَ يَدَيْ مُصَلٍّ)، بل يجوز من ورائه، (لَا يُكْرَهُ) إعطاؤه إذا كان المعطي يعلم ضرورته، أو يعطيه لصيانة عرضه، ضعفه المصنِّف حيث أتى بالقيد، وخالف ما في الاختيار[6][7] [بأنّه المختار][8] مستدلاً بما رُوي أنّهم كانوا يسألون في المسجد على عهد النبي ﷺ حتى رُوي «أنّ علياً ﷺ تصدق بخاتَمه في الصلاة»[9]، فمدحه الله تعالى بقوله: ﴿وَيُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَهُمْ رَٰكِعُونَ﴾ [المائدة: ٥٥][10].

(وَلَا يَجُوزُ قَبُولُ هَدِيَّةِ أُمَرَاءِ الْجَوْرِ) الذين اشتهروا بظلم[11] الناس، وأكل الحرام؛ لأن الغالب في مالهم الحرمة (إِلَّا إِذَا عُلِمَ أَنَّ أَكْثَرَ مَالِهِ)؛ أي: مال المهدي (مِنْ حِلٍّ) بأنْ كان صاحب تجارة، أو زرع، فلا بأس بِقَبُول هديته، وأكل طعامه؛ لأن أموال الناس لا تخلوا عن قليل حرام،

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (بالأثر).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، باب: المساجد (٢/٥٩٨).
(٥) في (ج): (يحرف).
(٦) ينظر: خليج البحار: ص٢٠٢٢.
(٧) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٤/١٧٦).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) ترتيب الأمالي الخميسية، للشجري: (١/١٨٠) بالرقم (٦٧١)، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: (٢/٥٩٨).
(١٠) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٤/١٧٦)؛ منحة السلوك في شرح تحفة الملوك: (ص: ٤٧٥).
(١١) في (ج): (اشتهروا لظلم).

والمعتبر الغالب، فيحمل على أنّها من الحلال؛ لأن للأكثر[١] حكم الكل[٢].

(وَلَا يُكْرَهُ إِجَارَةُ بَيْتٍ بِالسَّوَادِ لِيُتَّخَذَ بَيْتَ نَارٍ) للمجوس، (أو كَنِيسَةً) لليهود، (أَوْ كَنِيسَةً، أَوْ بِيعَةً) للنصارى، (أَوْ يُبَاعَ فِيهِ الْخَمْرُ)، وهذا عند أبي حنيفة (وَعِنْدَهُمَا: يُكْرَهُ) ذلك؛ لأنّه إعانة على المعصية، ولأبي حنيفة: إنّ الإجارة إنّما تقع على منافع البيت مطلقاً من غير تعيين، ولهذا يجب الأجر بمجرد تسليمه[٣] إلى[٤] المستأجر، ولو[٥] لم ينتفع بشيء فيه، ولا معصية في هذا، وإنّما المعصية بفعل المستأجر بعد انقطاع نسبته إلى المؤجر[٦].

(وَيُكْرَهُ فِي الْمِصْرِ إِجْمَاعاً)[٧] فإنّ شعائر الإسلام [قائمة][٨] فيه ظاهراً، فلا يمكن أهل الذمة فيه من اتخاذ البيع، والكنائس، وبيع الخمور.

(وَكَذَا) يُكره ذلك (فِي) كل (سَوَادٍ) يكون (غَالِبُهُ)؛ أي: غالب أهله (أَهْلُ الْإِسْلَامِ)[٩].

(وَمَنْ حَمَلَ لِذِمِّيٍّ خَمْراً[١٠] بِأَجْرٍ [ب/٤٠٣] طَابَ لَهُ) ذلك الأجر عند أبي حنيفة، (وَعِنْدَهُمَا: يُكْرَهُ) له ذلك؛ لأنّه إعانة على المعصية، وقد

---

(١) في (ج): (بل كثر).
(٢) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٦٧/٥).
(٣) في (ج): (وتسليمه).
(٤) في (أ): (أي)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٥) في (ج): (ولم).
(٦) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (١٩٥/٥).
(٧) ينظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (٥٢٩/٢).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) ينظر: البناية شرح الهداية: (٢٢٠/١٢ ـ ٢٢١).
(١٠) في (أ): (حمرا)، وفي (ج): (حرا)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).

صح: «أَنَّ النَّبِيَّ ـ عَلَيْهِ السَّلَامُ ـ لَعَنَ فِي الْخَمْرِ عَشْراً حَامِلَهَا وَالْمَحْمُولَ إِلَيْهِ»[١]، ولأبي حنيفة: إنّ المعصية في شربها، وهو فعل فاعل مختار، وليس الشرب من ضرورات الحمل، والحديث محمول على الحَمْل المقترن بقصد المعصية[٢].

(وَلَا بَأْسَ بِقَبُولِ هَدِيَّةِ الْعَبْدِ التَّاجِرِ، وَإِجَابَةِ دَعْوَتِهِ)، وقد شرط المصنِّف ضيافته بمعامله، وهديته[٣] باليسير[٤] في كتاب المأذون، واستعارة دابته.

(وَكُرِهَ قَبُولُ كِسْوَتِهِ ثَوْباً، وَإِهْدَائِهِ أَحَدَ النَّقْدَيْنِ)؛ يعني: الدراهم، والدنانير هذا كله استحسان[٥]، وأمّا في القياس، فكل ذلك باطل؛ لأنه متبرع[٦]، والعبد ليس من أهل التبرع، وجه الاستحسان: أنّه ﷺ قبل هدية سلمان الفارسي، وكان حينئذ عبداً، ورُوي أنّ جماعة من الصحابة أجابوا دعوة مولى أبي أسيد[٧][٨]، وكان عبداً بخلاف الكسوة، والدراهم، فبقيت

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، بلفظ: (لعن الله الخمر، وشاربها، وساقيها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه). كتاب: الأشربة، باب: العنب يعصر للخمر، (٣٢٦/٣) رقم الحديث (٣٦٧٤)، ورواه الإمام أحمد في مسنده، مسند المكثرين من الصحابة، (٤٠٥/٨) رقم الحديث (٤٧٨٧)، قال شعيب الأرناؤوط: صحيح بطرقه وشواهده، وهذا الحديث إسناده حسن. ينظر: مسند أحمد: (٤٠٥/٨).

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية: (٢٢٢/١٢).

(٣) في (ج): (وهدايته).

(٤) في (ج): (باليسر).

(٥) في (ج): (استحسانا).

(٦) في (ب، ج): (تبرع).

(٧) هو أبو سعيد مولى أبي أسيد الأنصاري، روى عنه: أبو نضرة مقتل عثمان بطوله، ولم يرد شيء يدل على صحبته، لكن ثبت أنه أدرك أبا بكر الصديق رضي اللّه تعالى عنه. ينظر: معرفة الصحابة لابن منده: (ص: ٨٨٨)، الإصابة في تمييز الصحابة: (١٦٨/٧).

(٨) قال الزيلعي: (قُلْت: غَرِيبٌ، وَالْمُصَنِّفُ اسْتَدَلَّ بِهِ عَلَى جَوَازِ إجَابَةِ الْعَبْدِ، وَفِيهِ حَدِيثٌ مَرْفُوعٌ: أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ فِي الْجَنَائِزِ، وَابْنُ مَاجَهْ فِي الزُّهْدِ عَنْ مُسْلِمٍ)، نصب=

على أصل القياس(١).

(وَيُقْبَلُ فِي الْمُعَامَلَاتِ) وهي الشراء، والوكالة، والمضاربة، والإذن للتجارة، ونحوها (قَوْلُ الْفَرْدِ) العاقل بالغاً، أو غيره.

(وَلَوْ أُنْثَى، أَوْ عَبْداً، أَوْ فَاسِقاً، أَوْ كَافِراً) هذه مسألة: العمل بقول الواحد، وذلك إمّا أنْ يكون في الديانات، أو في المعاملات، أو في غيرهما كالهدية، والإذن، ومطلق الإخبارات، أمّا المعاملات؛ فيقبل فيها قول أحد المذكورين لكثرة وقوعها، وقلة العدل(٢)، وفي زيادة الاشتراط حرج، فقبل قول الواحد [فيها](٣)، وذلك (كَقَوْلِهِ: شَرَيْت اللَّحْمَ مِنْ مُسْلِمٍ، أَوْ كِتَابِيٍّ) يهودي، أو نصراني، (فَيَحِلُّ) أكله [أَوْ](٤) كقوله: شريت اللحم (مِنْ مَجُوسِيٍّ، فَيَحْرُمُ) أكله، وهذا استحسان، والقياس: عدم القَبُول، وهو ظاهر، وجه الاستحسان: أنّ في عدم القَبُول حرجاً ظاهراً، وهو مرفوع بالنص بخلاف الديانات، فإنّها قليلة الوقوع(٥).

قوله: (وَقَوْلُ الْعَبْدِ، وَالْأَمَةِ، وَالصَّبِيِّ فِي الْهَدِيَّةِ، وَالْإِذْنِ) هذه الجملة معطوفة على قول الفرد؛ أي: قول هؤلاء يُقبل أيضاً في الهدية والإذن استحساناً؛ [لأن الهدايا تبعث على أيدي هؤلاء عادة، وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب في الأرض، والمبايعة

= الراية: (٢٨٢/٤)، وقال ابن حجر: (قَوْله: رُوِي أَن رهطاً من الصَّحَابَة أجابوا دَعْوَة مولَى أبي أسيد لم يُخرجهُ، وَفِي الْبَاب حَدِيث مَرْفُوع عَن أنس ﷺ: كَانَ النَّبِي ﷺ يعود الْمَرِيض وَيشْهد الْجِنَازَة ويجيب دَعْوَة الْمَمْلُوك، أخرجه التِّرْمِذِيّ وَابْن ماجه وَالْحَاكِم، وَفِيه مُسلم بن كيسَان الْأَعْوَر، وَهُوَ ضَعِيف)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية: (٢٤٢/٢).

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٨١/٤).

(٢) في (أ): (العدى)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣١١/١).

في السوق، فلو لم يقبل قولهم؛ لأدى ذلك إلى حرج عظيم، وأمّا الديانات، فقد بيَّن حكمها بقوله](١)(٢):

(وَشَرْطُ الْعَدْلِ فِي الدِّيَانَاتِ) المحضة؛ لأنها قليلة الوقوع بالنسبة إلى المعاملات، فجاز أنْ يشترط فيها زيادة شرط، فلا يُقبل فيها إلا قول(٣) المسلم العدل؛ لأن الفاسق منهم، والكافر لم يلتزم الحكم على نَفْسه، فليس له أنْ يلزم المسلم به(٤).

قوله: (كَالْخَبَرِ عَنْ نَجَاسَةِ الْمَاءِ) مثال للديانات؛ يعني: لو أنّ المُحْدِث لم يجد الماء(٥)، وهو لا يعلم حاله، فسأل عنه، فأخبر بأنّه نجس، (فَيَتَيَمَّمُ) السائل (إِنْ أَخْبَرَهَا)؛ أي: بنجاسة [الماء](٦) المذكور (مُسْلِمٌ عَدْلٌ)، ولا يتوضأ به.

(وَلَوْ) كان المخبر (أُنْثَى، أَوْ عَبْداً) بعد أنْ يكون(٧) عدولاً؛ لأن الخبر وإنْ كان يحتمل الصدق والكذب، لكن عند وجود العدالة؛ يترجح جانب الصدق، (وَيَتَحَرَّى فِي الْفَاسِقِ، وَالْمَسْتُور، ثُمَّ يَعْمَلُ بِغَالِبِ رَأْيِهِ) [أ/٤٠٤]؛ يعني: لو كان المخبر فاسقاً، أو مستوراً تَحَرَّى، فإنْ كان أكبر(٨) رأيه أنّه صادق يتيمم، ولا يتوضأ بذلك الماء، بل يريقه، ثمّ يتيمم، وإنْ كان أكبر رأيه أنّه كاذب يتوضأ به؛ لترجح جانب الكذب بالتحري، ثمّ إنّه بالنظر إلى جانب الحكم؛ يقتصر على التوضئ به، ولا يتيمم، وبالنظر إلى الاحتياط يتيمم بعد الوضوء به، هذا تخريج صاحب

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٦٣/٤)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٨٣/٢).
(٣) في (أ): (الأقوى)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٤) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣١١/١).
(٥) في (ج): (إلا ماء).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (ج): (يكونوا).
(٨) في (ج): (أكثر).

الهداية[١]، وقد حاول المصنِّف إفادة هذا المعنى، فقال: (وَلَوْ أَرَاقَ، فَتَيَمَّمَ عِنْدَ غَلَبَةِ صِدْقِهِ، وَتَوَضَّأَ)، وتيمم (عِنْدَ غَلَبَةِ كَذِبِهِ كَانَ أَحْوَطَ)، والفرق بين العبارتين ظاهر لمن تأمل[٢].

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ
فِي اللُّبْسِ

هو ـ بضم اللام ـ مصدر: لبس، والمراد منه: المفعول كاللباس؛ بمعنى: الملبوس[٣]، وهذا الفصل مقصود لبيان أقسامه، وتمييز كل قسم بتعريف أحكامه.

قال المصنِّف رَحِمَهُ اللَّهُ: (الْكِسْوَةُ): هي ما يستر بدن الإنسان مطلقاً[٤].

(مِنْهَا فَرْضٌ): وهو على حسب ما تقدَّم ما يكون فعله أولى من تركه مع كون تركه ممنوعاً بدليل قطعي[٥].

(وَهُوَ)؛ أي: فرض الكسوة (مَا يَسْتُرُ الْعَوْرَةَ، وَيَدْفَعُ ضَرَرَ الْحَرِّ، وَالْبَرْدِ)، وهذا شامل لما يكون من الحرير، وغيره، فلهذا أردفه بقوله: (وَالْأَوْلَى كَوْنُهُ مِن الْقُطْنِ، أَوْ الْكَتَّانِ بَيْنَ النَّفِيسِ، وَالْخَسِيسِ)[٦]؛ لأنَّه خير

---

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٦٥/٤).
(٢) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣١١/١)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٥٢).
(٣) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: (٩٧٣/٣).
(٤) ينظر: الإبانة في اللغة العربية: (١٠٣/٤).
(٥) ينظر: فتح القدير للكمال لابن الهمام: (١٢/١٠).
(٦) في (ج): (والحسيس).

الأمور الوسط، والقطن والكتان هما لباس أكثر الناس في البلدان[١].

(وَمُسْتَحَبٌّ) معطوف على فرض؛ أي: ومن[٢] الكسوة ما هو مستحب، وقد تقدّم بيانه.

(وَهُوَ)؛ أي: المستحب من الكسوة هو (الزَّائِدُ) على ما هو الفرض منها (لِأَخْذِ الزِّينَةِ، وَإِظْهَار نِعْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى) أمّا الأول؛ فلقوله تعالى: ﴿خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾ [الأعراف: ٣١] وأمّا الثّاني؛ فلقوله تعالى: ﴿وَأَمَّا بِنِعْمَةِ رَبِّكَ فَحَدِّثْ ﴿١١﴾﴾ [الضحى: ١١]، وفي الحديث: «إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ أَنْ يَرَى أَثَرَ نِعْمَتِهِ عَلَى عَبْدِهِ»[٣][٤].

(وَمُبَاحٌ)؛ أي: من الكسوة ما هو مباح، (وَهُوَ الثَّوْبُ الْجَمِيلُ لِلتَّزَيُّنِ) في الجمع، والأعياد، ومجامع الناس؛ لأنّ أبا حنيفة ارتدى برداء قيمته أربعمئة دينار[٥].

(وَمَكْرُوهٌ)؛ أي: من اللباس مكروه، وهو ما يكون تركه أولى من فعله ولا يخلو فعله من عقاب، أو عتاب، (وَهُوَ اللُّبْسُ لِلتَّكَبُّرِ)، والظاهر: أنّ المراد به: الثوب الجميل بقرينة القرب، لكن التحقيق: أنّه أي لباس كان إذا قصد به لابسه الخُيَلاء[٦]، وهو ظاهر[٧].

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٧/٤)؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين: (رد المحتار): (٣٥١/٦).
(٢) في (ج): (من).
(٣) أخرجه أبو عيسى الترمذي في سننه، باب: ما جاء إن الله تعالى يحب أن يرى أثر نعمته على عبده، (١٢٣/٥) رقم الحديث (٢٨١٩)، ورواه الإمام أحمد في مسنده، مسند المكثرين من الصحابة، (٤٦٨/١٣) رقم الحديث (٨١٠٧)، قال أبو عيسى الترمذي: حديث حسن. ينظر: سنن الترمذي: (١٢٣/٥).
(٤) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣٥١/٦).
(٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٨/٤).
(٦) الْخُيَلَاء - بِضَم الْخَاء وَفتح الْيَاء مَمْدُود - من الاختيال، وَهُوَ الكبر والعجب. ينظر: مشارق الأنوار على صحاح الآثار: (٢٤٩/١)، والنهاية في غريب الحديث والأثر: (٩٣/٢).
(٧) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣٥١/٦).

(وَيُسْتَحَبُّ) من اللباس (الْأَبْيَضُ)؛ لأن أكثر لباس النبي ﷺ البياض، وقال ﷺ: «خَيْرُ ثِيَابِكُمُ الْبِيضُ»[(١)]، وقال ﷺ: «ألبسوه أحياءكم وكفنوا [فيه][(٢)] أمواتكم»[(٣)].

(وَالْأَسْوَدُ)؛ لأنه شعار[(٤)] بني العباس، «وكان على رأسه ﷺ يوم فتح مكة عمامة سوداء»[(٥)(٦)].

(وَيُكْرَهُ الْأَحْمَرُ) فلعلّ المراد به: ما كان من الحرير، بل لا بدَّ من أنْ يحمل عليه؛ «لأنّه ﷺ لبسه»[(٧)].

(وَ) يُكره (الْمُعَصْفَرُ): وهو ما صبغ بالعصفر، أو بالزعفران، أو بالورس[(٨)(٩)]؛ فلأنّه من ملابس المترفين، ولا يخلو لابسه عن العجب،

---

(١) لفظ الحديث: (عن ابن عباس ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «البسوا من ثيابكم البيض، فإنها من خير ثيابكم، وكفنوا فيها موتاكم، وإن من خير أكحالكم الإثمد إنه يجلو البصر وينبت الشَّعر) مسند أحمد ط قرطبة (٣٢٨/١) بالرقم (٣٠٣٦). تعليق شعيب الأرناؤوط: إسناده قوي على شرط مسلم.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، بلفظ: (البسوا من ثيابكم البياض، فإنها من خير ثيابكم، وكفنوا فيها موتاكم، وإن خير أكحالكم الإثمد: يجلو البصر، وينبت الشَّعر). كتاب: اللباس، باب: في البياض، (٥١/٤) رقم الحديث (٤٠٦١)، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: اللباس، باب: البياض من الثياب، (١١٨١/٢) رقم الحديث (٣٥٦٦). قال شعيب الأرناؤوط: إسناده قوي، ورجاله ثقات. ينظر: مسند أحمد: (٢٨٢/٤).

(٤) في (ج): (شعائر).

(٥) نص الحديث عَنْ جَابِرٍ ﷺ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ وَعَلَيْهِ عِمَامَةٌ سَوْدَاءُ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ» سنن النسائي، لُبْسُ الْعَمَائِمِ السُّودِ (٢١١/٨) بالرقم (٥٣٤٤) وهو حديث صحيح.

(٦) ينظر: منحة السلوك في شرح تحفة الملوك: (ص: ٤٨٠).

(٧) وَعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ـ ﷺ ـ قَالَ: «كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يَلْبَسُ يَوْمَ الْعِيدِ بُرْدَةً حَمْرَاءَ» الجامع الصحيح للسنن والمسانيد: (٣٦٤/١٣).

(٨) في (ج): (بالعرس). الورس: نبت أصفر يصبغ به. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر: (١٧٣/٥).

(٩) ينظر: تكملة المعاجم العربية: (٢٢٤/٧).

والخيلاء مع [ما](١) فيه من التشبه بالصّبيان، والنساء، فإنّهم يلبسونه كثيراً(٢).

(وَالسُّنَّةُ) في التعمم: أنْ يكون قائماً كما أنّ السُّنة في لبس السراويل أنْ يكون قاعداً، [أو](٣) (إِرْخَاءُ طَرَفِ الْعِمَامَةِ) [وهو](٤) الذي [ب/٤٠٤] يبتدئ منه، وقيل: إنّه الذي ينتهي إليه، أو كلاهما، وأيّاً ما كان، فإرخاؤه؛ أي: إرساله(٥) [ينبغي](٦) أنْ يكون (بَيْنَ كَتِفَيْهِ) من وراء (قَدْرَ شِبْرٍ) من يد صاحبها، هكذا فعله ﷺ(٧).

(وَقِيلَ)(٨): السُّنة أنْ يرخيه (إِلَى وَسَطِ الظَّهْرِ، وَقِيلَ: إِلَى مَوْضِعِ الْجُلُوسِ، وَإِذَا أراد تجديد لفها نقضها كما لفها) معناه: أنّ المتعمم إذا أراد نقضها ليغسلها، أو يلفها ثانياً، أو لغرض غير ذلك، فالسُّنة في نقضها أنْ يكون على وفق لفها، فلا يلفها على دفعة واحدة، هكذا نقل من فعله ﷺ(٩).

(وَيَحِلُّ لِلنِّسَاءِ لُبْسُ الْحَرِيرِ) وهو الأبرسيم(١٠) المطبوخ(١١)، ثمّ سُمّي المتخذ منه حريراً، كذا في المغرب(١٢).

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٨/٤).
(٣) سقط من: (أ)، (ب).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (أ): (سأله)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) أَخْبَرَنَا مُحَمَّدُ بْنُ أَبَانَ، قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو أُسَامَةَ، عَنْ مُسَاوِرٍ الْوَرَّاقِ، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ عَمْرِو بْنِ أُمَيَّةَ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: «كَأَنِّي أَنْظُرُ السَّاعَةَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْمِنْبَرِ وَعَلَيْهِ عِمَامَةٌ سَوْدَاءُ قَدْ أَرْخَى طَرَفَهَا بَيْنَ كَتِفَيْهِ» سنن النسائي، إِرْخَاءُ طَرَفِ الْعِمَامَةِ بَيْنَ الْكَتِفَيْنِ (٢١١/٨) رقم الحديث (٥٣٤٦)، وهو حديث صحيح.
(٨) ينظر: مجمع الأنهر: ١٥١/٨، وتبيين الحقائق: ٢٢٨/٦.
(٩) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٤٠/٥).
(١٠) في (أ)، (ب): (الأبرشم)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(١١) في (ج): (المصبوغ).
(١٢) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٤٠٧).

(وَلَا يَحِلُّ) لبسه (لِلرِّجَالِ) مطلقاً؛ لأنّه ﷺ «نَهَى عَنْ لُبْسِ الْحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ إلا قَدْرُ أَرْبَعِ أَصَابِعَ مضمومة»[١]؛ لأنّه قليل، فيعفى[٢]، وبه قال الشافعي[٣]: [هذا][٤] التقدير في جانب العرض، وأما في جانب الطول، فلا تحديد له، بل يجوز بالغاً ما بلغ (كَالْعَلَمِ): وهو ههنا: ما يكف به الثياب من جانب الداخل، وقيل: من جانب الخارج، وعنه ﷺ: «أَنَّهُ كَانَ يَلْبَسُ جُبَّةً مَكْفُوفَةً بِالْحَرِيرِ»[٥].

(وَلَا بَأْسَ بِتَوَسُّدِهِ، وَافْتِرَاشِهِ)؛ أي: يباح للرجال الاتكاء على

---

(١) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، بلفظ: (نهى عن لبس الحرير إلا هكذا، ووصف لنا النبي ﷺ إصبعيه، ورفع زهير الوسطى والسبابة). كتاب: اللباس، باب: لبس الحرير وافتراشه للرجال، وقدر ما يجوز منه، (١٤٩/٧) رقم الحديث (٥٨٢٩)، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، بلفظ: (نهى نبي الله ﷺ عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين، أو ثلاث، أو أربع). كتاب: اللباس والزينة، باب: تحريم استعمال إناء الذهب والفضة على الرجال والنساء، وخاتم الذهب والحرير على الرجل، (١٦٤٣/٣) رقم الحديث (٢٠٦٩).

(٢) في (ج): (ويعفى).

(٣) ينظر: المجموع شرح المهذب: (٤٣٧/٤)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: (٦٦/٢).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، عن مولى أسماء بنت أبي بكر، بلفظ: قال: (أرسلتني أسماء إلى عبد الله بن عمر، فقالت: بلغني أنك تحرم أشياء ثلاثة: العلم في الثوب، وميثرة الأرجوان، وصوم رجب كله، فقال لي عبد الله: أما ما ذكرت من رجب فكيف بمن يصوم الأبد؟ وأما ما ذكرت من العلم في الثوب، فإني سمعت عمر بن الخطاب ﷺ، يقول: سمعت رسول الله ﷺ، يقول: «إنما يلبس الحرير من لا خلاق له»، فخفت أن يكون العلم منه، وأما ميثرة الأرجوان، فهذه ميثرة عبد الله، فإذا هي أرجوان، فرجعت إلى أسماء فخبرتها، فقالت: هذه جبة رسول الله ﷺ، فأخرجت إلي جبة طيالسة كسروانية لها لبنة ديباج، وفرجيها مكفوفين بالديباج، فقالت: هذه كانت عند عائشة حتى قبضت، فلما قبضت قبضتها، وكان النبي ﷺ يلبسها، فنحن نغسلها للمرضى يستشفى بها). كتاب: اللباس والزينة، باب: تحريم استعمال إناء الذهب والفضة على الرجال والنساء، وخاتَم الذهب والحرير على الرَّجل...، (١٦٤١/٣) رقم الحديث (٢٠٦٩).

وسادة الحرير، والافتراش تحته عند أبي حنيفة، (خِلَافاً لَهُمَا)؛ لعموم نص التحريم؛ ولأنّ ذلك جميعه من زي الأكاسرة، والجبابرة، والتشبه بهم في جميع زيهم حرام، وقال عمر رضي الله عنه[(١)]: «إيّاكم[(٢)]، وزي[(٣)] الأعاجم»، ولأبي حنيفة [ما رُوي][(٤)] «أنّه ﷺ جلس على مرفقة حرير»[(٥)(٦)].

(وَلَا بَأْسَ يَلْبَسُ) الرَّجل (مَا سَدَاهُ إِبْرَيْسَمٌ، وَلُحْمَتُهُ غَيْرُهُ)؛ أي: غير الإبرسيم كالقطن، والكتان؛ لأن الثوب إنّما يصير ثوباً بالنسيج[(٧)]، والنسيج[(٨)] إنّما يصير ثوباً للحمة، فكانت جزء الثوب الأعظم، وهو بمنزلة الكل، فصار مدار الحل والحرمة عليها [والإبرسيم ـ بفتح الراء، وكسرها ـ، وقيل: هو بكسر الهمزة، والراء وفتح السين، وقيل: إذا فتح الراء بكسر السين][(٩)]، (وَعَكْسُهُ لَا يُلْبَسُ)؛ أي: ما كان سداه غير الحرير، ولحمته حريراً لا يلبس (إِلَّا فِي الْحَرْبِ)[(١٠)].

---

(١) في (أ، ج): (رضه)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).
(٢) في (ج): (إياك).
(٣) في (ج): (وذوي).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) رواه الطبراني (٢٥٩/١٠) (١٠٦٠٢)، وفي إسناده أبو راشد مولى بني عامر، قال الهيثمي في «المجمع» (١٥٤/١)، قال الزيلعي: (غَرِيبٌ جِدّاً، ويُشْكِلُ عَلَى الْمَذْهَبِ حَدِيثُ حُذَيْفَةَ، قَالَ: نَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَشْرَبَ فِي آنِيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، وَأَنْ نَأْكُلَ فِيهَا، وَعَنْ لُبْسِ الْحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ، وَأَنْ نَجْلِسَ عَلَيْهِ، انْتَهَى). نصب الراية (٢٢٧/٤)، وقال ابن حجر: (لم أَجِدهُ)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢٢١/٢). والمروي هو عن ابن عباس: (عن راشد مولى بنى تميم قال: رأيت في مجلس ابن عباس مرفقة حرير).
(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٦٦/٤)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٨١/٢).
(٧) في (ب، ج): (بالنسج).
(٨) في (ب، ج): (بالنسج).
(٩) سقط من: (ج).
(١٠) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٦٦/٤).

(وَيُكْرَهُ لُبْسُ خَالِصِهِ)؛ أي: الحرير فيها؛ أي: في الحرب (خِلَافاً لَهُمَا)، فإنّه عندهما: لا يكره؛ لما روى الشعبي[(١)] أنّ النبي ﷺ: «رَخَّصَ فِي لُبْسِ الْحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ فِي الْحَرْبِ»[(٢)]؛ لأنّه[(٣)] أهيب في عين العدو، فمست الحاجة إليه، ولأبي حنيفة: إنّه لا فصل فيما رُوي من الحديث الدال على حرمته بين الحرب وغيرها[(٤)].

(وَيَجُوزُ لِلنِّسَاءِ التَّحَلِّي بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةِ لَا لِلرِّجَالِ)؛ لما رواه عدة من الصحابة منهم علي رضي الله عنه[(٥)] أنّ النبي ﷺ خرج[(٦)] وبإحدى يديه حرير، وبالأخرى ذهب، وقال: «هَذَانِ حَرَامَانِ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي حَلَالٌ[(٧)] لِإِنَاثِهِمْ»[(٨)].

---

(١) هو أبو عمرو بن شراحيل الحميري الشعبي، تابعي جليل، عالمٌ فقيه محدّث، اشتهر بقوّة الحفظ، ولي القضاء لعمر بن عبد العزيز، توفي بالكوفة (١٠٣هـ). ينظر: الأعلام: (٢٥١/٣)، سير أعلام النبلاء: (٢٩٤/٤).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه، عن أسماء بنت أبي بكر بلفظ: (أنها أخرجت جبة مزررة بالديباج، فقالت: كان النبي ﷺ يلبس هذه إذا لقي العدو). كتاب: الجهاد، باب: لبس الحرير والديباج في الحرب: (٩٤٢/٢) رقم الحديث (٢٨١٩)، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند النساء، حديث أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما، (٥١٠/٤٤) رقم الحديث (٢٦٩٤٤). قال شعيب الأرناؤوط: إسناد الحديث ضعيف لضعف حجاج بن أرطأة، وبقية رجاله ثقات رجال الشيخين. ينظر: مسند أحمد: (٥١٠/٤٤).

(٣) في (أ)، (ب): (ولأنّه)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٤) ينظر: اللباب في شرح الكتاب: (١٥٧/٤).

(٥) في (أ): (رضه)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٦) في (أ)، (وحرج)، وفي (ج): (حرج)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).

(٧) في (ج): (حلالا)، وزيادة: (لأن).

(٨) أخرجه ابن ماجه في سننه، بلفظ: (خرج علينا رسول الله ﷺ وفي إحدى يديه ثوب من حرير، وفي الأخرى ذهب، فقال: «**إن هذين محرم على ذكور أمتي، حل لإناثهم**»). كتاب: اللباس، باب: لبس الحرير والذهب للنساء، (١١٩٠/٢) رقم الحديث (٣٥٩٧)، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند الكوفيين، حديث أبي موسى الأشعري، (٢٧٦/٣٢) رقم الحديث (١٩٥١٥). قال شعيب الأرناؤوط: «**حديث صحيح بشواهده**» مسند أحمد: (٢٧٦/٣٢).

قوله: (إِلَّا الْخَاتَمَ، وَالْمِنْطَقَةَ)[١] - بكسر الميم - (وَحِلْيَةَ السَّيْفِ مِنَ الْفِضَّةِ) استثناء من قوله: لا للرجال بالنظر إلى معناه؛ إذ تقدير[٢] الكلام: لا يحل للرجال إلا هذه الأشياء؛ ولما روي عن أبي يوسف قال: [أ/٤٠٥] ورد في ذلك آثار اقتصرت الرخصة فيها خاصة[٣].

قوله: (وَمِسْمَارَ الذَّهَبِ فِي ثَقْبِ الْفَصِّ)، قوله: (وَكِتَابَةَ الثَّوْبِ بِذَهَبٍ، أَوْ فِضَّةٍ) داخل في الاستثناء أيضاً؛ لأنّه تابع كالعَلَم في الثوب، فلا يعد لابساً[٤].

(وَشَدَّ السِّنِّ) المتحركة (بِالْفِضَّةِ، وَلَا يَجُوزُ) ذلك (بِالذَّهَبِ) عند أبي حنيفة (خِلَافاً لَهُمَا)؛ لما رُوي: «أَنَّ عَرْفَجَةَ[٥] أُصِيبَ أَنْفُهُ يَوْمَ كُلَابٍ، فَاتَّخَذَ أَنْفاً مِنْ فِضَّةٍ فَأَنْتَنَ، فَأَمَرَهُ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - أَنْ يَتَّخِذَ أَنْفاً مِنْ ذَهَبٍ»[٦]، وهو[٧] مرئي ظاهراً[٨]، فجواز شد السّن مع كونه لا يرى باطناً يكون أولى،

---

(١) المِنطِقة: هي التي يشد بها الرَّجل وسطه. ينظر: شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم: (٦٦٤٣/١٠).

(٢) في (ج): (وتقدير).

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٥٩/٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٣٢/٥).

(٥) هو هرثمة بن عرفجة بن عبد العزى بن زهير بن ثعلبة البارقي، من الأزد: قائد، من رجال الفتوح في صدر الإسلام، من أهل البحرين، وجهه أميرها (العَلَاء ابن الحَضْرَمي) غازياً (في أيام عمر ﷺ)، ففتح جزيرة في البحر مما يلي فارس. الأعلام، للزركلي: (٨٢/٨).

(٦) أخرجه أبو داود في سننه، بلفظ: (أن جده عرفجة بن أسعد، قطع أنفه يوم الكلاب، فاتخذ أنفاً من ورق، فأنتن عليه، فأمره النبي ﷺ، فاتخذ أنفاً من ذهب). كتاب: الخاتم، باب: ما جاء في ربط الأسنان بالذهب، (٩٢/٤) رقم الحديث (٤٢٣٢)، أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: اللباس، باب: ما جاء في شد الأسنان بالذهب، (٢٤٠/٤) رقم الحديث (١٧٧٠). قال شعيب الأرناؤوط: حديث حسن. ينظر: مسند أحمد: (٣٤٤/٣١).

(٧) في (ج): (وهي).

(٨) في (ج): (ظاهر).

ولأبي حنيفة: إنّ الأصل فيه التحريم، والإباحة كانت ضرورة، وإذا اندفعت بالأدنى يبقى الأعلى على التحريم، والضرورة في حق عرفجة لم تندفع بالأدنى، فتحققت الإباحة في الأدنى[(١)(٢)].

(وَلَا يَتَخَتَّمُ بِحَجَرٍ) كالياقوت، واللعل[(٣)]، [بخلاف المرأة][(٤)] وغيرهما من الأحجار.

(وَلَا صُفْرٍ) بضم أوله، وسكون ثانيه، وهو ضرب من النحاس أصفر[(٥)].

(وَلَا حَدِيدٍ)[(٦)]؛ لما روي: «أَنَّهُ - ﷺ - رَأى عَلَى رَجُلٍ خَاتَمَ صُفْرٍ فَقَالَ: مَا لِي أَجِدُ مِنْك رَائِحَةَ الْأَصْنَام، وَرَأى ﷺ عَلَى آخَرَ خَاتَمَ حَدِيدٍ[(٧)]، فَقَالَ: مَا لِي أَرَى عَلَيْك حِلْيَةَ أَهْلِ النَّارِ»[(٨)(٩)].

(وَقِيلَ: يُبَاحُ) التختم (بِالْحَجَرِ الْيَشْبِ) بفتح الياء، وسكون الشين

(١) في (ج): (الأعلى).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (١٦/٦).
(٣) اللعل: هو نوع من الياقوت البدخشي نسبة إلى جهات بدخشان في أفغانستان، وهو الياقوت الأحمر. ينظر: معجم الألفاظ التاريخية في العصر المملوكي: مادة (لعل).
(٤) سقط من: (أ)، (ب).
(٥) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (٣٠٦/٨).
(٦) في (ج): (تحديد).
(٧) في (ج): (حديداً).
(٨) أخرجه أبو داود في سننه، بلفظ: (أن رَجلاً، جاء إلى النبي ﷺ وعليه خاتم من شبه، فقال له: «ما لي أجد منك ريح الأصنام»، فطرحه، ثم جاء وعليه خاتم من حديد، فقال: ما لي أرى عليك حلية أهل النار، فطرحه، فقال: يا رسول الله، من أي شيء أتخذه؟ قال: «اتخذه من ورق، ولا تتمه مثقالاً»). كتاب: الخاتم، باب: ما جاء في خاتم الحديد، (٩٠/٤) رقم الحديث (٤٢٢٣). وأخرجه الترمذي في سننه، كتاب: اللباس، باب: ما جاء في الخاتم الحديد، (٢٤٨/٤) رقم الحديث (١٧٨٥). وقال أبو عيسى الترمذي: «حديث غريب». سنن الترمذي: (٢٤٨/٤).
(٩) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٦٧/٤).

المعجمة حَجَر يميل إلى الصفر يتخذ منه خاتَم[(١)]، لكن إطلاق الجواب يدل على تحريمه، ثم إنّ المتختم إذا تختم، فالرَّجل يجعل فص الخاتَم إلى[(٢)] داخل الكف[(٣)]، [والمرأة إلى خارجه][(٤)]؛ لأن[(٥)] الرَّجل[(٦)] يلبسه للضرورة، والمرأة إنّما تلبسه للتزين، وهذا إنّما يتم بإظهار الفص[(٧)].

(وَتَرْكُ التَّخَتُّم أَفْضَلُ لِغَيْرِ السُّلْطَانِ، وَ) لغير[(٨)] (الْقَاضِي)؛ لعدم الحاجة إليه، وإيّاهما، ومن في معناهما، فإنّه يحتاج إلى الختم، فالتختم لهما ضروري[(٩)].

(وَيَجُوزُ الْأَكْلُ، وَالشُّرْبُ مِنْ إِنَاءٍ مُفَضَّضٍ، وَالْجُلُوسُ عَلَى سَرِيرٍ مُفَضَّضٍ) وهو الملبس بالفضة، أو المطلي بها[(١٠)].

قوله: (بِشَرْطِ اتِّقَاءِ مَوْضِعِ الفضة) قيد للجواز المذكور، ومعناه: أنّ شرط جواز الأكل، والشرب من الإناء المفضّض أنْ لا يمس بفمه[(١١)] الموضع الذي فيه الفضة، [ولا يضع يده][(١٢)] عليه عند تناوله، ولا يجلس عليه عند الركوب في السرج المفضّض، فإذا اتقى ذلك لا يضره كون الفضة في موضع آخر منه، (وَيُكْرَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ)؛ لأنّه إذا استعمل جزء من

---

(١) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: (ص: ٥١٢).
(٢) في (أ)، (ب): (إذا)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٣) في (ج): زيادة: (بخلاف المرأة).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (إذا).
(٦) في (ج): (الرجل).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (١٥/٦).
(٨) في (ج): (بغير).
(٩) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (١٦/٦).
(١٠) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (١٦١/٨).
(١١) في (ج): (بفم).
(١٢) في (ج): (ويده).

الإناء، فقد استعمل كله، فيكون مستعملاً للذهب[(١)]، والفضة، ولأبي حنيفة: إنّ الفضة في هذه الأشياء تابعة، والعبرة للمتبوع لا للتبع، وصار كالعَلَم من الثوب، وعلى هذا الركاب المفضّض، (وَعَنْ[(٢)] مُحَمَّدٍ) فيه (رِوَايَتَانِ) إحديهما مع أبي حنيفة، والأخرى مع أبي يوسف، وهذا[(٣)] الاختلاف إنّما يجرى[(٤)] فيما[(٥)] هو خالص، فإنّ المُموه الذي ليس بخالص، فلا بأس به إجماعاً[(٦)]؛ لأن الذهب والفضة يستهلك فيه، فصار كالعدم[(٧)].

(وَيُكْرَهُ إِلْبَاسُ الصَّبِيِّ) لا الصبية (ذَهَباً، أَوْ حَرِيراً) لئلا يألف بما لا يجوز في الشريعة، [وقال الشافعي[(٨)] يجوز إلباسه الحلي، والحرير يوم العيد، وفي إلباسه ذلك في غيره ثلاثة أوجه: الأول: جوازه، والثاني: تحريمه مطلقاً، والثالث: تحريم بعد التمييز][(٩)][(١٠)].

(وَيُكْرَهُ حَمْلُ خِرْقَةٍ لِمَسْحِ الْعَرَقِ، أَوْ الْمُخَاطِ، أَوْ الْوُضُوءِ إِنْ) كان [ب/٤٠٥] ذلك (لِلتَّكَبُّرِ، وَإِنْ) كان حملها (لِلْحَاجَةِ، فَلَا) يُكره، و(هُوَ الصَّحِيحُ)؛ لأن المسلمين قد استعملوا في عامة البلدان المناديل للوضوء، والخِرَق للمخاط، ومسح العَرَق، «وما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن»[(١١)][(١٢)].

---

(١) في (ج): (الذهب).
(٢) في (ج): (وعند).
(٣) في (ج): (وهذه).
(٤) في (ج): (يجزى).
(٥) في (ب): (فما).
(٦) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٣٣/٥).
(٧) ينظر: البناية شرح الهداية: (٧١/١٢).
(٨) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: (٣٧٥/٢).
(٩) سقط من: (ج).
(١٠) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٥٤ ـ ٦٥٥).
(١١) هذا الأثر مروي عن ابن مسعود ﷺ، أخرجه أحمد في مسنده، (٣٧٩/١) رقم الحديث (٣٦٠٠). قال شعيب الأرناؤوط: إسناده حسن. ينظر: مسند أحمد: (٨٤/٦).
(١٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٢٦/٥).

(وَالرَّتَمُ لَا بَأْسَ بِهِ) وهو أنْ يربط الإنسان في أصبعه، أو خاتمه[١] خيطاً، ونحوه ليتذكر حاجته بالنّظر إليه، وروي: «أنّ النبي ﷺ أمر بعض أصحابه بذلك»[٢]؛ ولأنّه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح، وهو التذكر عند النسيان[٣].

❋ ❋ ❋

فَصْلٌ
فِي النَّظَر وَنَحْوه

كالمس، والتقبيل، والمصافحة، وغير ذلك مما يكره، ويحل، ويجوز، أو لا يجوز.

(وَيَحْرُمُ النَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ) الظاهر: أنّه أراد عورة الغير بقرينة السياق؛ أعني: قوله: (إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ كَالطَّبِيبِ، وَالْخَاتِنِ)، فإنّ الطبيب يجوز له النّظر إلى عورة المريض إذا كان فيها عاهة، والخاتن يجوز له النّظر إلى ذكر المختون؛ ليتمكن من معرفة مقدار ما يقطع من القلفة؛ لأن ذلك فيه خطر عظيم، فيباح له النّظر؛ ليكون على بصيرة من أمره.

(وَالْخَافِضَة): وهي التي تختن النساء[٤]، (وَ) كذلك (الْقَابِلَة): وهي التي تعين النساء على الولادة[٥]، (وَالْحَاقِنُ)[٦]: هو الذي يصنع الحقنة، فإنّه يحتاج إلى النّظر إلى دبر المحقون.

---

(١) في (ج): (خاتم).
(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير، بلفظ: (أن رسول الله ﷺ كان يربط الخيط في خاتمه يستذكر به). (٢٨٢/٤) رقم الحديث (٤٤٣١). قال ابن حجر العسقلاني: حديث موضوع. ينظر: المطالب العالية: (٦٣٤/١٢).
(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٦٨/٤).
(٤) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: (١٠٧٤/٣).
(٥) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: (١٧٧٠/٣).
(٦) في (ج): (والخاقن).

قوله: (وَلَا يَتَجَاوَزُ قَدْرَ الضَّرُورَةِ) [قيد لقوله: [إلا عند][1][2]، فهو شامل للخمسة المذكورين، ثمّ إنّ الحرمة فيما ذكر ثابتة بالنصوص قال الله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ [النور: ٣١] الآية، وقال النبي ﷺ: «مَنْ نَظَرَ إِلَى مَحَاسِنِ امْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ عَنْ شَهْوَةٍ صُبَّ فِي عَيْنِهِ[3] الْآنُكُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»[4]، ومواضع الضرورة مستثناة[5] ممّا ذكر[6].

(وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ) بدن (الرَّجُلِ إِلَى مَا سِوَى الْعَوْرَةِ)، والتقييد بالرَّجل يفيد جواز النظر إلى عورة الصبيان، لكن بشرط كون المنظور غير مشتهى، وأمن الناظر من الوقوع في الفتنة.

قوله: (وَقَدْ بَيَّنْت فِي الصَّلَاةِ) أراد به ما ذكر في أول [باب][7] شروط الصلاة[8].

(وَتَنْظُرُ الْمَرْأَةُ مِنْ) بدن (الْمَرْأَةِ، وَ) من بدن (الرَّجُلِ) غير زوجها (إِلَى مَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ مِن الرَّجُلِ إِنْ أُمِنَتْ الشَّهْوَةُ)؛ لأن ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرَّجل[9].

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) في (ج): (عينه).

(٤) قال الزيلعي: (قلت: غريب، والمعروف: «من اسْتَمَعَ إِلَى حَدِيثِ قَوْمٍ، وَهُمْ لَهُ كَارِهُونَ، صُبَّ فِي أُذُنِهِ الْآنُكُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ فِي كِتَابِ التَّعْبِيرِ، عَنْ أَيُّوبَ السَّخْتِيَانِيِّ عَنْ عِكْرِمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه مرفوعاً: «من تَحَلَّمَ بِحِلْمٍ لَمْ يَرَهُ، كُلِّفَ أَنْ يَعْقِدَ بَيْنَ شَعِيرَتَيْنِ، وَلَنْ يَفْعَلَ، وَمَنْ اسْتَمَعَ إِلَى حَدِيثِ قَوْمٍ، وَهُمْ لَهُ كَارِهُونَ أَوْ يَفِرُّونَ مِنْهُ صُبَّ فِي أُذُنَيْهِ الْآنُكُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ صَوَّرَ صُورَةً عُذِّبَ، وَكُلِّفَ أَنْ يَنْفُخَ فِيهَا، وَلَيْسَ بِنَافِخٍ» انْتَهَى). نصب الراية: (٢٤٠/٤).

(٥) في (أ): (مستثناء)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٥٤/٤).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٦٩/٤).

(٩) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (١٨/٦).

(وَيَنْظُرُ) الرَّجل (إِلَى جَمِيعِ بَدَنِ زَوْجَتِهِ وَأَمَتِهِ) بشهوة، وبغير شهوة، والأصل فيه قوله ﷺ: «غُضَّ بَصَرَك إِلَّا عَنْ أَمَتِك وَامْرَأَتِك»[١]؛ ولأن الوطء فوق النظر، وهو حلال، فما دونه من النظر، واللمس أولى (الَّتِي يَحِلُّ لَهُ وَطْئُهَا) احترز به عن الأمة التي حرم وطئها عليه كما إذا كانت مجوسية، أو منكوحة للغير، أو محرمة بالرضاع، أو المصاهرة؛ لأن إباحة النظر إلى جميع البدن مبنية على حل الوطء، فينتفى بانتفائه[٢].

(وَ) ينظر الرَّجل (مِنْ مَحَارِمِهِ)؛ أي: النساء اللاتي لا يحل له نكاحهن أبداً، فينظر (إِلَى الْوَجْهِ، وَالرَّأْسِ، وَالصَّدْرِ، وَالسَّاقِ، وَالْعَضُدِ) من هؤلاء؛ لأن المحارم يدخل بعضهم على بعض بلا استئذان، ومن عادة النساء في بيوتهن أنْ تكون بثياب البذل، فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج، وهو مرفوع بالنص، (وَيَنْظُرُ) من (أَمَةِ غَيْرِهِ)، فإنّ حكمها حكم المحرم بضرورة رؤيتها في ثياب البذلة [أ/٤٠٦]، وهي تتناول[٣] المدبّرة، وأم الولد، والمكاتبة (وَلَا بَأْسَ بِمَسِّهِ)؛ أي: لا بأس بأنْ يمس الرَّجل ما يحل له النّظر إليه من بدن المذكورات لتحقق الحاجة إليه في المسافرة، والمخالطة، وقلة الميل، والاشتهاء للمحارم، والإماء (بِشَرْطِ أَمْنِ الشَّهْوَةِ فِي النَّظَرِ، وَالْمَسِّ)؛ يعني: إنّ ما ذكر من جواز النظر، والمس في حق المحارم، وأمة الغير ليس على الإطلاق، بل إنّما هو عند

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، عن بهز بن حكيم، عن أبيه، عن جده، بلفظ: (قال: قلت يا رسول الله عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ قال: «احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك» قال: قلت: يا رسول الله، إذا كان القوم بعضهم في بعض؟ قال: إن استطعت أن لا يرينها أحد فلا يرينها، قال: قلت: يا رسول الله إذا كان أحدنا خالياً؟ قال: الله أحق أن يستحيا منه من الناس»، كتاب: الحمَّام، باب: ما جاء في التعري، (٤٠/٤) رقم الحديث (٤٠١٧)، أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: الأدب، باب: ما جاء في حفظ العورة، (١١٠/٥) رقم الحديث (٢٧٩٤). قال شعيب الأرناؤوط: «إسناده حسن». مسند أحمد: (٢٣٥/٣٣).

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية (١٤٨/١٢).

(٣) في (ج): (تناول).

الأمن من الوقوع في الفتنة؛ لأن النَّفْس موجودة، والشيطان بالمرصاد لإغواء الإنسان، (وَلَا يَنْظُرُ) الرَّجل من المذكورات (إِلَى الْبَطْنِ، وَالظَّهْرِ، وَالْفَخِذِ، وَإِنْ) ـ وصلية ـ (أَمِنَ) الشهوة؛ إذ لا ضرورة في كشفها بخلاف ما سبق[(١)].

(وَلَا) ينظر (إِلَى الْحُرَّةِ الْأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا إِلَى الْوَجْهِ، وَالْكَفَّيْنِ)؛ لأن في إبداء الوجه والكف، ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذاً، وإعطاءاً، ونحوها.

قوله: (إِنْ أَمِنَ) الشهوة قيد للاستثناء فقط؛ أي: إنّما يجوز النظر إلى وجه الحرة الأجنبية، وكفيها عند الأمن [من][(٢)] هيجان النَّفْس بذلك؛ لأن النظر من دواعيه.

قوله: (وَإِلَّا فَلَا يَجُوز لغَيْرِ الشَّاهِدِ عِنْدَ الْأَدَاءِ) إلى آخره استثناء من الاستثناء؛ أي: إنْ لم يتحقق الأمن من الشهوة بالنّظر المذكور، فلا يجوز هو أيضاً لغير الشاهد عند أداء الشهادة[(٣)] عليها، (وَالْحَاكِمُ عِنْدَ) توجه (الْحُكْمِ)، فإنّه يجوز لهما النظر إلى الحرة الأجنبية مع عدم الأمن من حصول الشهوة؛ لما فيه من الضرورة إلى معرفتها لتحمل الشهادة، والحكم عليها لإحياء الحقوق، والضرورات تبيح المحظورات[(٤)].

(وَلَا يَجُوزُ مَسُّ ذَلِكَ)؛ أي: الموضع الذي يحل النظر إليه من بدن الحرة الأجنبية مطلقاً.

(وَإِنْ أَمِنَ) من حصول الشهوة (إِنْ كَانَتْ شَابَّةً) لقيام المحرّم للمس،

---

(١) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢/٢٨٥)، والبناية شرح الهداية: (٢/١٣٤).

(٢) سقط من: (أ).

(٣) في (أ): (الشاهدة)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٤/١٥٦)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٦/١٧).

و[هو](١) قوله ﷺ: «مَنْ مَسَّ كَفَّ امْرَأَةٍ لَيْسَ مِنْهَا بِسَبِيلٍ وُضِعَ عَلَى كَفِّهِ جَمْرٌ(٢) يَوْمَ الْقِيَامَةِ»(٣)؛ ولأن المسَّ أغلظ من النظر، فإنّ الشهوة بالمس أكثر(٤).

(وَيَجُوزُ إِنْ) كانت (عَجُوزاً لَا تُشْتَهَيهُ، وَهُوَ شَيْخٌ يَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهِ، وَعَلَيْهَا)؛ لعدم خوف الفتنة، وإنّما قال: يأمن على نفسه، وعليها؛ لأنه إذا كان لا يأمن عليها بأنْ كانت شابة، وهو شيخ لا يحل له مس وجهها، ولا مصافحتها(٥)؛ لأنه حينئذ يتعرض لحصول الفتنة، والصغيرة التي لا تُشتهى لا بأس بمسها، والنظر(٦) إليها لعدم خوف الفتنة(٧).

(وَيَجُوزُ النَّظَرُ، وَالْمَسُّ) ولو كان (مَعَ خَوْفِ الشَّهْوَةِ عِنْدَ إِرَادَة، أَوْ النِّكَاحِ)؛ يعني: إذا أراد شراء جارية، أو تزوج امرأة؛ جاز له أنْ ينظر إليها، ويمسها، أقول: هذا في الجارية؛ أعني: له أنْ ينظر، ويمس المواضع التي يحدث العيب فيها ليقف على سلامتها، وأمّا في المرأة، فجواز النّظر ثابت بقوله ﷺ: «إِذَا أَلْقَى اللَّهُ تَعَالَى خِطْبَةَ امْرَأَةٍ فِي قَلْبِ رَجُلٍ أُحِلَّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا»(٨)، وأمّا مسها، فظاهر كلام المصنِّف أنّه يجوز، لكن فيه نظر.

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) في (أ): (الجمر)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٣) أورده الزيلعي في نصب الراية، وقال عنه: حديث غريب، (٢٤٠/٤) رقم الحديث (١٥). وقال ابن حجر العسقلاني: لم أجد الحديث. ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: (٢٢٥/٢).

(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٥٤/١٠).

(٥) في (أ)، (ب): (مخافتها)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٦) في (أ): زيادة: (النظر).

(٧) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٥٤/١٠)، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٣٥/٥).

(٨) أخرجه ابن ماجه في سننه، بلفظ: (إذا ألقى الله في قلب امرئ خطبة امرأة، فلا بأس أن ينظر إليها). كتاب: النكاح، باب: النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، (٥٩٩/١) رقم=

(وَالْعَبْد مَعَ سَيِّدَتِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ) فيما يحل، ويحرم، وعن مالك[١] أنّه: كالمحرم، وهو أحد قولي الشافعي[٢]؛ لأن العبد يدخل على سيدته، ويخرج لقضاء حوائجها بغير إذن، ولنا: إنّه [فحل][٣] ليس بمحرم، [ب/٤٠٦] والشهوة موجودة[٤].

(وَالْمَجْبُوبُ) هو الذي قطع ذكره وحده، أو مع الأنثيين[٥].

(وَالْخَصِيُّ) هو الذي تفرك خصيتان[٦] إلى أنْ يبطل عملهما، ويترك ذكره على حاله، فهو يتحرك أحياناً، ولكنّه لا يحبل[٧] (كَالْفَحْلِ) في حق النظر إلى النساء؛ لقول عائشة[٨] [رضي الله عنها][٩] الخصياء مثله[١٠] لا يبيح ما كان حراماً قبله؛ ولأنه فحل يجامع؛ لأن ذكره موجود[١١]، والمجبوب ينزل بالسحق[١٢][١٣].

(وَيُكْرَهُ لِلرَّجُلِ أَنْ يُقَبِّلَ الرَّجُلَ، أَوْ يُعَانِقَهُ) إذا كان [كل][١٤] من المعانقين (فِي إِزَارٍ بِلَا قَمِيصٍ) عند أبي حنيفة، ومحمد، (وَعِنْدَ أَبِي

= الحديث (١٨٦٤)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير، (٢٢٤/١٩) رقم الحديث (٥٠٠)، وهو حديث صحيح. ينظر: صحيح الجامع الصغير وزيادته: (١٣١/١).

(١) ينظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: (١٣٠٥/٣).
(٢) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: (١٣٠/٩).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٣٥/٥ ـ ٣٣٦)؛ الاختيار لتعليل المختار: (١٥٧/٤).
(٥) ينظر: تهذيب اللغة: (٢٧٢/١٠).
(٦) في (ب، ج): (خصيتاه).
(٧) ينظر: دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون: (٥٨/٢).
(٨) ينظر: خليج البحار: ص١٦٥.
(٩) سقط من: (أ)، (ب).
(١٠) في (أ): (مثلة)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(١١) في (ج): (موجودة).
(١٢) في (أ): (بالسخق)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج). ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: (١٤٩٥/٤).
(١٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٠/٦).
(١٤) سقط من: (ج).

يُوسُفَ: لَا يُكْرَهُ) [للرَّجل][١] أنْ يُعانق الرَّجل، أو[٢] يُقبّل فمه، أو يده، أو رِجله، أو شيئاً منه؛ لأن الصحابة كانوا يُقبلون أطراف النبي ﷺ؛ ولأنه ﷺ «عَانَقَ جَعْفَرَ[٣]، وَقَبَّلَ[٤] بَيْنَ عَيْنَيْهِ عِنْدَ قُدُومِهِ مِنْ الْحَبَشَةِ»[٥][٦]، ولأبي حنيفة، ومحمد: إنّه ﷺ: «نَهَى عَنْ الْمُكَامَعَةِ[٧]، وَالْمُكَاعَمَةِ»[٨]، الأولى: هي المعانقة، والثانية: هي التقبيل[٩]، وقالوا:

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (و).
(٣) ينظر: خليج البحار: ص٨٣٤.
(٤) في (أ): (قيل)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٥) الحبشة: هي مملكة الحبشة، وسمة ملكهم النجاشي، وفيها الذي كان آمن برسول الله ﷺ، وهم من ولد حبشي بن كوش بن حام، وللحبشة مدن كثيرة وعمائر واسعة تتصل بالبحر الحبشي، وساحل الحبشة مقابل لبلاد اليمن، وهي من شاطئ البحر الغربي، وأقرب عرض البحر هناك ثلاثة أيام، وهو ساحل زبيد من أرض اليمن. ينظر: الروض المعطار في خبر الأقطار: (ص: ٤٩٩).
(٦) أخرجه أبو يعلى الموصلي في معجمه، بلفظ: (لما قدم جعفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ وأصحابه، تلقاه رسول الله ﷺ، فاعتنقه، وقبل بين عينيه). (ص: ١٥٢) رقم الحديث (١٦٦)، أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٠٨/٢) رقم الحديث (١٤٧٠). قال الهيثمي: رواية أبي يعلى فيها مجالد بن سعيد، وهو ضعيف، وقد وثق، ورواية الطبراني فيها، أنس بن سلم، ولم أعرفه، وبقية رجاله ثقات. ينظر: مجمع الزوائد: (٤٤١/٩)، التلخيص الحبير: (٢٥٤/٤).
(٧) المكامعة: أن ينام الرَّجل مع الرَّجل، أو المرأة مع المرأة، في إزار واحد، تماس جلودهما، لا حاجز بينهما. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (٢٨٩/١).
(٨) أخرجه أبو داود في سننه، بلفظ: (نهى رسولُ الله - ﷺ - عن عشْرٍ: عن الوَشْر، والوَشْم، والنَّتْفِ، وعن مُكامَعَة الرجلِ الرجلَ بغير شِعارٍ، ومُكامَعةِ المرأةِ المرأةَ بغيرِ شعَارٍ، وأن يجعل الرجلُ في أسفلِ ثيابِه حَرِيراً مثلَ الأعاجِمِ، أو يجعلَ على مَنْكِبَيه حريراً مثلَ الأعاجم، وعن النُّهْبَى، وركوبِ النُّمورِ، ولُبوسِ الخاتَم إلا لذي سُلطان)، كتاب: اللباس، باب: من كرهه (١٥٩/٦) رقم الحديث (٤٠٤٩). قال شعيب الأرناؤوط: صحيح لغيره دون ذكر النهي عن لبس الخاتم إلا لذي سلطان. ينظر: سنن أبي داود: (١٥٩/٦).
(٩) ينظر: التقفية في اللغة: (ص: ٥٤٩).

إنَّ الكراهة في المعانقة إنّما هي إذا لم يكن بينهما حائل كالقميص، وكذلك إنّما يُكره التقبيل إذا كان عن شهوة، وأمّا إذا كان للتعظيم، فلا بأس به(١).

والمصنِّف قد ألمّ بهذا حيث قال: (وَلَا بَأْسَ بِالْمُصَافَحَةِ، وَتَقْبِيلِ يَدِ الْعَالِمِ) العامل(٢)، (وَالسُّلْطَانِ الْعَادِلِ)؛ لأن السُّنة وردت في المصافحة قال ﷺ: «إذا التقى الْمُؤْمِنَانِ، فَتَصَافَحَا تَنَاثَرَتْ ذُنُوبُهُمَا كَمَا يَتَنَاثَرُ الوَرَقُ اليَابِسُ مِنَ الشَّجَرِ»(٣) الحديث، [وعن سفيان(٤): تقبيل يد العالِم سُنَّة، وتقبيل يد الغير لا يرخص فيه، وقال صدر الشهيد(٥): وهو المختار: وما يفعله الجهال من تقبيل الأرض بين يدي العالِم، فحرام، والفاعل، والراضي به آثمان؛ لأن هي شبه عبادة الأوثان، وأمّا الساجد لغير الله، فلا يكفر؛ لأنه يريد به التحية دون العبادة.

وقال شمس الأئمة السرخسي(٦): «السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر»(٧)، وكان الشيخ أبو القاسم الحكيم(٨) إذا دخل عليه الغني

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٥٧/٤)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٥/٦).

(٢) في (ج): زيادة: (العامل).

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط بلفظ: (إن المؤمن إذا لقي المؤمن فسلم عليه، وأخذ بيده، فصافحه، تناثرت خطاياهما، كما يتناثر ورق الشجر) (٢٤٥/٨٤/١)، والحديث: «صحيح لغيره». صحيح الترغيب والترهيب (٢٢/٣).

(٤) ينظر: خليج البحار: ٢٣٤.

(٥) هو الصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز أبو المعالي، إمام الفروع والأصول، من كبار الأئمة وأعيان الفقهاء، قتل على يد كافر بعد وقعة قطوان بسمرقند، ونقل جده إلى بخارى، وله الفتاوى الصغرى والكبرى، وله الواقعات، والمنتقى، (ت٥٣٠ هـ) وله ثلاث وسبعون سنة. ينظر: طبقات الحنفية: (ص: ١٦٨)؛ سير أعلام النبلاء: (٩٧/٢٠)، والفوائد البهية: (ص: ١٩٤).

(٦) ينظر: خليج البحار: ص١٥٩.

(٧) المبسوط، للسرخسي (١٣٠/٢٤).

(٨) هو القاضي، أبو القاسم، إسحاق بن محمد بن إسماعيل، الحكيم السمرقندي، =

يقوم، ويعظمه، وإذا دخل عليه فقير، أو طالب علم لا يقوم، فسأل عنه، فقال: إنّ الأغنياء يتوقعون مني التعظيم، فلو تركته لتضرروا[١]، وطلبة العلم لا يتضررون بترك القيام، وإنّما يطمعون مني جواب السلام، والتكلم معهم في العالم، وعن أنس[٢] رضي الله[٣] عنه قال:

«أَيَنْحَنِي بَعْضُنَا لِبَعْضٍ؟ قَالَ: لَا»[٤] الحديث][٥][٦].

(وَيَعْزِلُ) الواطئ[٧] ماؤه (عَنْ أَمَتِهِ) عند الجماع (بِلَا إِذْنِهَا) إنْ شاء احترازاً عن الحبل (لا)؛ أي: لَا يعزل (عَنْ زَوْجَتِهِ إِلَّا بِالْإِذْنِ)؛ لأن النبي ﷺ «نَهَى عَنِ الْعَزْلِ عَنِ الْحُرَّةِ إِلَّا بِإِذْنِهَا»[٨]، «وَقَالَ لِمَوْلَى الْأَمَةِ:

= قاضٍ حنفي، ومن تصانيفه: الصحائف الآلية، المتوفى سنة (٣٤٥هـ). ينظر: الأعلام، للزركلي: (٢٩٦/١).

(١) في (ب): (ليتضرروا).

(٢) ينظر: خليج البحار: ص٢٥٦.

(٣) في (ب): (رضه).

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه، بلفظ: (قلنا: يا رسول الله، أينحني بعضنا لبعض؟ قال: «لا». قلنا: أيعانق بعضنا بعضا؟ قال: «لا، ولكن تصافحوا»). كتاب: الأدب، باب: المصافحة، (١٢٢٠/٢) رقم الحديث (٣٧٠٢). وأخرجه البزار في مسنده، مسند أبي حمزة أنس بن مالك، (٥١٦/١٣) رقم الحديث (٧٣٦٠). وهو حديث حسن بالمتابعة، ورجاله كلهم ثقات غير حنظلة هذا فإنهم ضعفوه، ولكنهم لم يتهموه، بل ذكر يحيى القطان وغيره أنه اختلط، فمثله يستشهد به، ويقوى حديثه عند المتابعة. ينظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها: (٢٩٨/١).

(٥) من قوله: (وعن سفيان تقبيل) إلى قوله: (قَالَ: لَا الحديث) سقط من: (ج).

(٦) ينظر: العناية شرح الهداية: (٥١/١٠)؛ الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٨٦/٢).

(٧) في (أ): (الوطء)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٨) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، بلفظ: (عن عمر بن الخطاب: أن النبي ﷺ نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها) (٣٣٩/١) رقم الحديث (٢١٢). قال شعيب الأرناؤوط: إسناده ضعيف. ينظر: مسند أحمد: (٣٣٩/١).

اعْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ»[١]؛ ولأن الوطء حق الحرة قضاءاً للشهوة، وتحصيلاً للولد، ولهذا خُيّرت إذا وجدت الزوج عنيناً، أو مجبوباً، وأمّا الأمة؛ فلا حق لها في الوطء، فلمولاها أنْ يعزل عنها، وأنْ لا يعزل بخلاف ما إذا تزوجها غيره[٢].

قوله: (وَلَا تُعْرَضُ الْأَمَةُ) على البيع (إِذَا بَلَغَتْ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ) المراد[٣] به: ما يستر ما بين السرة والركبة؛ لأن ظهرها، وبطنها عورة قال محمد: المشتهاة [أ/٤٠٧] كالبالغة، فلا تعرض في إزار واحد؛ لوجود الاشتهاء الذي هو علة المنع[٤].

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ
في الاستبراء

هو طلب براءة رحم الجارية من الحمل بترك الوطء[٥].

(مَنْ مَلَكَ أَمَةً) مؤمنة كانت، أو كتابية (بِشِرَاءٍ، أَوْ غَيْرِهِ) كهبةٍ، ووصيةٍ، وميراثٍ، وخلعٍ، وصلحٍ[٦]، ونحو ذلك من أسباب التملك (يَحْرُمُ

---

(١) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه (أن رَجلاً أتى رسول الله ﷺ، فقال: إن لي جارية، هي خادمنا وسانيتنا، وأنا أطوف عليها، وأنا أكره أن تحمل، فقال: «اعزل عنها إن شئت، فإنه سيأتيها ما قدر لها»، فلبث الرَّجل، ثم أتاه، فقال: إن الجارية قد حبلت، فقال: «قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لها»). كتاب: النكاح، باب: حكم العزل (١٠٦٤/٢) رقم الحديث (١٤٣٩).

(٢) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣١٤/١)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (٢٢٢/٨).

(٣) في (أ): (المرأ)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٧١/٤).

(٥) ينظر: التعريفات الفقهية: (ص: ٢٣).

(٦) في (أ): (صالح)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

عَلَيْهِ)؛ أي: على المالك (وَطْئَهَا، وَدَوَاعِيهِ) من اللمس، والقُبْلة، والنظر إلى[(١)] فرجها، [قال بعضهم: لا يحرم الدواعي؛ لأنّ الوطء إنّما حرم لئلا يختلط الماء، ويشبه النسب، وهذا معدوم في الدواعي، ورُدَّ بأنّ الوطء حرام لاحتمال وقوعه في مِلْك الغير أيضاً بأنْ كانت حاملاً عند البيع، ويدعي البائع الولد، فيستردها، فيظهر أنّ وطئه صادف[(٢)] مِلْك الغير هذا المعنى موجود في الدواعي][(٣)(٤)].

(حَتَّى يَسْتَبْرِئَ) المالك؛ أي: إلى أنْ يتعرف براءة رحمها (بِحَيْضَةٍ) كاملة بعد القبض (فِيمَنْ تَحِيضُ، وَبِشَهْرٍ فِي غَيْرِهَا)؛ أي: إذا كانت الجارية لا تحيض لصغر[(٥)]، أو كبر، أو مرض، فاستبراؤها يكون بمضي شهر، والأصل في هذا الباب قوله ﷺ في سبايا[(٦)] أوطاس: «**أَلَا لَا تُوطَأُ الْحَبَالَى**[(٧)] **حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، وَلَا الْحَيالَى حَتَّى يسْتَبْرِأْنَ بِحَيْضَةٍ**»[(٨)]، فهذا الحديث أفاد وجوب الاستبراء على المالك صريحاً، [ودلّ على سببه في المسبية؛ أعني: استحداث المِلْك، واليد؛ لأنّه هو الموجود[(٩)] في مورد النّص، ثمّ إنّ حصول براءة الرحم في الحبلى بالولادة ظاهر صريح بالنص، وبالحيضة فيمن تحيض أيضاً بناءً على الأكثر المعتاد، وإنْ كان

---

(١) في (ج): (لا).
(٢) في (أ، ج): (صادق)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).
(٣) من قوله: (قال بعضهم) إلى قوله: (في الدواعي) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢١/٦).
(٥) في (ج): (للصغر).
(٦) السبي: النهب وأخذ الناس عبيداً وإماء، والسبية: المرأة المنهوبة، فعيلة بمعنى مفعولة، وجمعها السبايا. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر: (٣٤٠/٢).
(٧) في (ج): (الحبالا).
(٨) المروي عن أبي سعيدٍ الخدري ﷺ رفعَه أنّه قال في سَبايا أوطاس: «لا توطَأُ حَامِلٌ حتى تَضَعَ، ولا غيرُ ذاتِ حَملٍ حتَّى تحيضَ حَيْضةً» سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في وطء السَّبايا (٤٨٦/٣) رقم الحديث (٢١٥٧) قال محققوه: صحيح لغيره، وهذا إسناد ضعيف لسوء حفظ شريك ـ وهو ابن عبد الله النخعي ـ.
(٩) في (أ، ج): (الوجود)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).

بعض النساء قد تحيض حال كونها حاملاً، وأمّا بالشهر الواحد في ذوات الأشهر؛ فلأنّه أقيم مقام الحيضة في حقهن][١][٢].

(وَفِي مُرْتَفِعَةِ الْحَيْضِ لا بِإِيَاسٍ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ) هذا قول أبي يوسف، وقيل: إنّه قول أبي حنيفة أيضاً، والمصنِّف أراد بمرتفعة الحيض: ما عدا المذكور، ولهذا قيدها بقوله: (لا بإياس): وهي التي تكون ممن تحيض، لكن ارتفع حيضها لا لصغر، ولا لكبر، ولا لمرض، وهي ضد المستحاضة [فإذا عرض لها هذا[٣] الحال، فبيعت[٤] يتركها المشتري إلى أنّ يتبين أنّها ليست بحامل، وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية، فقيل: تبين ذلك بشهرين، أو بثلاثة أشهر][٥][٦].

(وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، وَعَشْرٍ)؛ لأنّها مدة فراغ رحم الحرة المتوفى عنها زوجها، (وَفِي رِوَايَةٍ) أخرى (عَنْ مُحَمَّدٍ: بِنِصْفِهَا)؛ أي: شهرين، وخمسة أيام؛ لأنّ بها يُعرف فراغ رحم الأمة المتوفى عنها زوجها.

(وَفِي الْحَامِلِ بِوَضْعِهِ)؛ أي: إنْ كانت الجارية المشرية حاملاً، فاستبراؤها بوضع الحمل؛ لِما روي في سبايا أوطاس.

(وَلَوْ) ـ وصلية ـ (كَانَتْ) الأمة (بِكْراً، أَوْ) كانت (مَشْرِيَّةً) كُلاً، أو بعضاً من امرأة، أو مشرية[٧] (مِنْ مَالِ طِفْلٍ) بأنْ باعها أبوه، أو وصيه، (أَوْ مِمَّنْ يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْئُهَا)، وعن أبي يوسف: إنّ الاستبراء لا يجب إذا كانت بكراً؛ لأن رحمها فارغة كما في المطلقة قبل الدخول لا تجب

---

(١) من قوله: (ودل على سببه) إلى قوله: (الحيضة في حقهن) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣١٥/١).
(٣) في (أ، ج): (هذه)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).
(٤) في (أ، ج): (فيعب)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).
(٥) من قوله: (فإذا عرض لها) إلى قوله: (أو بثلاثة أشهر) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٥٦).
(٧) في (ج): (مشترية).

العدة، ولنا: إنّ توّهم الشغل ثابت في البكر؛ لأن رحمها قد يشتغل بدون [ب/٤٠٧] زوال العذرة بأنْ يخطف[١] المني في الحمَّام[٢].

(وَيُسْتَحَبُّ الاستبراء لِلْبَائِعِ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ)؛ لأنّها مملوكة رقبة ويداً، والمِلْك هو المطلق للتصرف.

(وَلَا تَكْفِي حَيْضَةٌ مَلَكَهَا فِيهَا)؛ أي: لا يحصل[٣] الاستبراء بتلك الحيضة؛ لأنّ الواجب عليها الحيضة، وهي اسم للكاملة.

(وَلَا الَّتِي قبل الْقَبْضِ)؛ أي: لا تجزئ حيضة حاضتها بعد صدور العقد قبل القبض، (أَوْ قَبْلَ الْإِجَازَةِ فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ)؛ لأن سبب الاستبراء استحداث المِلْك، واليد، والحكم لا يسبق[٤] السبب، وفيما ذكرناه لو احتسب تلك الحيضة يلزم ذلك.

واعلم أنّه يلزم [ذلك][٥] [ذكر قيدين في هذا المحل لا بدَّ منهما[٦] أحدهما: أنّه لا تجزئ الحيضة المذكورة في بيع الفضولي قبل الإجازة، ولو كانت الجارية في يد المشتري أمانةً، أو غصباً مثلاً، والثاني: أنّه لو كان البيع فاسداً، فحاضت بعد العقد لا تجزئ[٧] ما لم يشتريها ثانياً شراءً صحيحاً، فتحيض بعده، كذا في الهداية[٨]، وغيرها][٩][١٠].

(وَكَذَا الْوِلَادَةُ) هذا التنظير مخصوص بالوجه الأخير، ومعناه: أنّ

---

(١) في (ب): (يحطف).
(٢) ينظر: لسان الحكام: (ص: ٣٥٩).
(٣) في (ج): (لا يجعل).
(٤) في: (ب، ج): زيادة: (السبق).
(٥) سقط من: (أ)، (ب).
(٦) في (ج): (من): وما أثبتناه هو الصواب.
(٧) في (أ، ج): (لا تجري)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).
(٨) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٧٣/٤).
(٩) من قوله: (ذكر قيدين) إلى قوله: (كذا في الهداية وغيرها) سقط من: (ج).
(١٠) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٥٥/١٣).

الولادة التي حصلت بعد الشراء، وغيره من أسباب المِلْك لا تُجزِئ، ولا يسقط الاستبراء بها إذا كانت قبل القبض.

(وَتَكْفِي حَيْضَةٌ وُجِدَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ، وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ، فَأَسْلَمَتْ)؛ أي: لو كانت المشرية مجوسية، فحاضت بعد شرائها، وقبضها، ثمّ أسلمت؛ أجزأت تلك الحيضة من الاستبراء؛ لأنّها وجدت بعد سببه، وحرمة الوطء لمانع كما في حالة الحيض[(١)].

(وَيَجِبُ) الاستبراء (عِنْدَ تَمَلُّكِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ) صورته: رَجلان يملكان جارية على سبيل الاشتراك، فأيهما تملك نصيب الآخر كان عليه أنْ يستبرئ الجارية؛ لأنّ سبب حل الوطء هو المِلْك التام، وإنّما حصل التمام عند تملك حصة الشريك، ولهذا كان حراماً قبل ذلك، وإنْ كان المِلْك موجوداً في الجملة.

(لَا عِنْدَ عَوْدِ الْآبِقَةِ وَرَدِّ الْمَغْصُوبَةِ، وَالْمُسْتَأْجَرَة، وَفَكِّ الْمَرْهُونَةِ)؛ أي: لا يجب الاستبراء فيهن بعد عودهن إلى يد مالكهن؛ لعدم وجود السبب، وهو استحداث المِلْك، واليد؛ لأن سبب تعرف براءة الرحم هو ذلك، وحيث لم يوجد لعدم الخروج عن مِلْكه[(٢)] لم يلزم المسبب؛ لأنّ الحكم دائر عليه وجوداً، وعدما[(٣)].

(وَلَا يُكْرَهُ الْحِيلَةُ لِإِسْقَاطِهِ)؛ أي: إسقاط الاستبراء (عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) مطلقاً (خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ)، فإنّه يقول: تكره الحيلة لإسقاطه مطلقاً، وعلى هذا الخلاف الاحتيال لإسقاط الشفعة، والزكاة.

(وَأَخَذَ) المشايخ (الْأَوَّل)[(٤)]؛ يعني: بقول أبي يوسف (إنْ علِمَ) المشتري (عَدَمُ الْوَطْءِ مِنْ الْمَالِكِ الْأَوَّلِ) في هذا الطهر الذي باعها فيه.

---

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٧٣/٤).
(٢) في (ج): (ملك).
(٣) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٥٧).
(٤) في (ج): (بالأولى).

(وَ) أخذوا[١] (بِالثَّانِي)؛ أي: بقول محمد (إن احْتُمِلَ) الوطء أخذاً بالاحتياط.

(وَالْحِيلَةُ) لإسقاط الاستبراء على وجوه منها:

(إنْ لَمْ تَكُنْ[٢] تَحْتَهُ)؛ أي: المشتري (حُرَّةٌ) قيد به؛ لأنّه لو كانت لم يجز نكاح الأمة عليها [أ/٤٠٨] عندنا، فإنْ لم تكن تحته حرة، فحيلته (أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) المشتري من البائع قبل البيع، (ثُمَّ يَشْتَرِيهَا) منه بعد تسليمها المولى إليه، ذكر [هذا القيد][٣] في الخانية[٤][٥]، ولا بدَّ منه لئلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح، وإنما يسقط الاستبراء بما ذكر؛ لأنّه بالنكاح لا يجب الاستبراء، ثمّ إذا اشترى زوجته يبطل النكاح، ويحل الوطء[٦].

(وَإِنْ كَانَ[٧] تَحْتَهُ حُرَّةٌ)، فحيلته: (أَنْ يُزَوِّجَهَا الْبَائِعُ) من أجنبي يعتمد على أنْ يطلقها (قَبْلَ الْبَيْعِ)؛ أي: قبل أنْ يبيعها للمشتري، ثمّ يشتريها المشتري، ويقبضها، ثمّ يطلقها الزوج قبل دخوله بها، فإنّه[٨] لا يجب الاستبراء؛ لأنه اشترى منكوحة الغير.

(أَوْ) يزوجها (الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ) من أجنبي يثق به، (ثُمَّ يُطَلِّقُ الزَّوْجُ) الأمة قبل دخوله بها (بَعْدَ الشِّرَاءِ، وَالْقَبْضِ)[٩]، فيسقط[١٠] الاستبراء؛ إذ حينئذٍ لا يحل وطئها؛ لأنّها منكوحة الغير، ويحل بعد الطلاق؛ لعدم حدوث المِلْك، ولا يلزمها العدة؛ لكون الطلاق قبل الدخول[١١].

---

(١) في (ج): (وأخذ).
(٢) في (ج): (لم يكن).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: خليج البحار: ص٤٤٩.
(٥) ينظر: فتاوى قاضيخان: (١٨٦/٢).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٣/٦).
(٧) في (ج): (كانت).
(٨) في (ج): (لأنه).
(٩) في (ب، ج): زيادة: (القبض).
(١٠) في (ج): (ويسقط).
(١١) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٥٨/١٣).

(وَمَنْ مَلَكَ أَمَتَيْنِ لَا يَجْتَمِعَانِ نِكَاحاً) صفة (أمتين) سواء كانتا أختين نسباً[١]، أو رضاعاً، أو امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً؛ (فَلَهُ وَطْءُ إِحْدِيهِمَا فَقَطْ، وَدَوَاعِيهِ)؛ أي: دواعي[٢] الوطء من اللمس، والتقبيل بشهوة ورؤية الفرج، (فَإِنْ وَطِئَهُمَا)؛ أي: كلتا الأمتين، (أَوْ فَعَلَ بِهِمَا شَيْئاً مِنْ الدَّوَاعِي) المذكورة معاً (حُرِّمَ عَلَيْهِ وَطْءُ كُلٍّ مِنْهُمَا) بعد ذلك، (وَ) حرم عليه (دَوَاعِيهِ)؛ أي: دواعي الوطء فيهما معاً (حَتَّى يَحْرُمَ إِحْدَيهمَا)؛ يعني: يحرم فرج إحديهما على نفسه، وهو إمّا ببيع، أو عتق كلاً، أو بعضاً، أو كتابةً، أو هبةً، أو نكاح صحيح لا فاسد إلا أن يطأها الزوج، وأصل هذا أنّ الجمع بين الأختين[٣] [المراد به الجمع بينهما عقداً، ووطأً؛ لأنّه معطوف على قوله][٤]: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] [الآية والمعطوف يشارك المعطوف عليه في خبره المراد من تحريمهن في حق قضاء الشهوة، وأسبابه بالإجماع][٥][٦].

❋ ❋ ❋

فَصْلٌ
في البَيْع

وما يكره منه، وما لا يكره، (وَيُكْرَهُ بَيْعُ الْعَذِرَةِ): وهي رجيع[٧]

(١) في (أ): (نسيا)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٢) في (ج): (دواع).
(٣) في (ج): زيادة: (المملوكتين لا يجوز وطئاً لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ بعد قوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: الأصل المعروف بالمبسوط، للشيباني: (٥/٢٦١)؛ المبسوط، للسرخسي: (١٣/١٥٩).
(٧) في (ج): (رجوع).

الآدمي (خَالِصَةً)؛ أي: غير مخلوطة؛ لأنّ العادة لم تجرِ[١] بالانتفاع بها.

(وَجَازَ) بيعها (لَوْ) كانت (مَخْلُوطَةً) بتراب، أو رماد، وغالب عليها؛ إذ ينتفع بها بالإلقاء في الأرض (فِي الصَّحِيحِ).

(وَجَازَ بَيْع السِّرْقِينِ) عندنا: وهو الروث[٢]، [وقال الشافعي[٣]: لا يجوز بيع السرقين أيضاً؛ لأنّه نجس العين، [فشابه][٤] العذرة، ولنا][٥]: إنّه منتفع به؛ لأنّه يُلقى في الأرض؛ لاستكثار الربع، فكان مالاً، والمال محل البيع بخلاف العذرة[٦]، (وَالانتفاع كَالْبَيْعِ) في الصورتين.

(وَمَنْ رَأَى جَارِيَةَ رَجُلٍ) وهو يعلم أنّها مِلْك ذلك الرَّجل، فرآها (مَعَ) رَجل (آخَرَ يَبِيعُهَا) حالَ كونه (قَائِلاً: وَكَّلَنِي صَاحِبُهَا) ببيعها، (أَوْ) قال: (اشْتَرَيْتها مِنْهُ)؛ أي: من الرَّجل الأول، (أَوْ) قال: (وَهَبَهَا لِي، أَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيَّ)، وهي الآن مِلْكي، وأُريد بيعها، (وَوَقَعَ فِي قَلْبِهِ صِدْقُهُ)؛ أي: كان غالب ظنّه أنّ الرَّجل صادق في كونه وكيل مالكها، أو أنّه باعها منه، أو وهبها له، أو تصدق بها عليه، فإذا كان كذلك [ب/٤٠٨]؛ (حَلَّ لَهُ شِرَاؤُهَا مِنْهُ)؛ أي: حل الرأي[٧] المذكور أنْ يشتري الجارية من الذي هي بيده، (وَوَطْئهَا) أيضاً يحل له بعد الاستبراء، أو بعد سقوطه كما مر آنفا؛ لأنّ ذلك البائع أخبر بخبر صحيح لا منازع له؛ وذلك لأن قول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان، بشرط أن يكون مميزاً؛ وذلك لأنّ عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة؛ إذ اشتراطها في كل

---

(١) في (ب): (لم تجز).
(٢) السرقين: (سرجين) الروث، هي: كلمة أعجمية معرب سركين، وهو الزبل. ينظر: المغرب: (٢٩٦/١)، المصباح المنير: (٢٩٢/١).
(٣) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب: (٤٩٦/٥)، والوسيط في المذهب: (١٧/٣).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائعك (١٤٤/٥)، والهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٧٥/٤).
(٧) في (أ)، (ب): (للرائي)، وهو الصواب وما أثبتناه من: (ج).

خبر يؤدي إلى عظيم الحرج، والحرج مدفوع بالنّص، [وإذا لم يخبره صاحب بشيء، فإنْ كان يعرف أنّها للأول لا يشتريها حتى يعلم انتقالها إلى مِلْك الثّاني؛ لأنّ اليد للأول دليل مِلْكه، وإنْ لم يعلم أنّها للأول، فله أنْ يشتريها، وإنْ كان ذو اليد فاسقاً؛ لأن اليد دليل المِلْك في الفاسق أيضاً، ولم يعارضه معارض][(١)][(٢)].

(وَيَجُوزُ بَيْعُ بِنَاءِ مَكَّةَ) من الدور، والحوانيت، ونحوها؛ لأنّه مِلْك من بناه ألا يرى أنّ من بنى على أرض الوقف جاز بيعه، فهذا كذلك.

(وَيُكْرَهُ بَيْعُ أَرْضِهَا)؛ أي: أرض مكة، (وَإِجَارَتُهَا) عند أبي حنيفة، (وَقَوْلُهُمَا رِوَايَةً) الحسن (عَنْ الْإِمَامِ) أبي حنيفة؛ لأن الأراضي مملوكة لأربابها بسبب الاختصاص [الشرعي][(٣)] لهم بها، وتصرفهم فيها من غير منازع بالحراثة، والزراعة، ونحوهما، فصارت كالأبنية[(٤)]، ولأبي حنيفة قوله ﷺ: «مَكَّةُ حَرَامٌ لَا تُبَاعُ رِبَاعُهَا وَلَا تُورَثُ»[(٥)]، وقوله ﷺ: «مَنْ آجَرَ أَرْض مَكَّةَ؛ فَكَأَنَّمَا أَكَلَ الرِّبَا»[(٦)].

(يُكْرَهُ الِاحْتِكَارُ فِي أَقْوَاتِ[(٧)] الْآدَمِيِّينَ، وَالْبَهَائِمِ بِبَلَدٍ يَضُرُّ) الاحتكار (بِأَهْلِهِ) والاحتكار: هو حبس شيء، وجمعه منتظراً به أيام القحط،

---

(١) من قوله: (وإذا لم يخبره) إلى قوله: (ولم يعارضه معارض) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٥٩).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٥٩١).

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه، بلفظ: (مكة حرام، وحرام بيع رباعها، وحرام أجر بيوتها). كتاب البيوع، (١١/٤)، رقم الحديث (٣٠١٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، باب: ما جاء في بيع دور مكة وكرائها وجريان الإرث فيها، (٥٧/٦)، رقم الحديث (١١١٨٤)، قال الدارقطني: كذا رواه أبو حنيفة مرفوعاً، والصحيح: أنه موقوف. ينظر: سنن الدارقطني: (١٢/٤).

(٦) أورده الزيلعي في نصب الراية، كتاب: الكراهية، فصل في البيع، (٢٦٦/٤) رقم الحديث (٣٧)، وقال عنه: حديث غريب.

(٧) في (ب): (أقواة).

والغلا[(١)] ليزيد ثمنه[(٢)]، ويحصل للمحتكر به مال جزيل، وهو لغة: شامل لجميع ما يتمول[(٣)].

وشرعاً: لما ذكره المصنِّف على الاختلاف، فعند أبي حنيفة، ومحمد: هو مخصوص بأقوات الناس، وعلف البهائم، وذلك حيث يكون ضاراً بأهل ذلك البلد، فإنْ لم يكن ضاراً، فلا بأس به، (**وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ**): الكراهة جارية (**فِي كُلِّ مَا يَضُرُّ احْتِكَارُهُ بِالْعَامَّةِ**)؛ أي: بجميع الناس[(٤)].

(**وَلَوْ**) كان ذلك الشيء المحتكر (**ذَهَباً، أَوْ فِضَّةً، أَوْ ثَوْباً**)، والأصل في كراهة[(٥)] الاحتكار قوله ﷺ: «**الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ**»[(٦)]؛ ولأنّه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم، والفتوى على قولهما.

(**وَإِذَا رُفِعَ إِلَى الْحَاكِمِ حَالُ الْمُحْتَكِرِ**)، وتحقق احتياج العامة إلى ما احتكره؛ (**أَمَرَهُ بِبَيْعِ مَا يَفْضُلُ عَنْ حَاجَتِهِ**)، فإنْ فعل فيها، (**فَإِنِ امْتَنَعَ**) عن (**الْبَيْعِ بَاعَ عَلَيْهِ**)؛ يعني: يترك له ما يكفيه، ويبيع الباقي جبراً عليه، وينهاه عن الاحتكار بعده، [وهل يبيع القاضي ذلك بنفسه، أو يوكله من غير رضى المالك؟ قيل: هو على الاختلاف كما في بيع مال المديون، وقيل: يبيع بالاتفاق؛ لأنّ أبا حنيفة يرى الحَجْر لدفع ضرر عام، وهذا من ذلك

---

(١) في (ج): (والغلاء).

(٢) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (٣٨/٣).

(٣) ينظر: الدر المختار: (٣٩٨/٦).

(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٧٧/٤)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٨٦/٢).

(٥) في (ب): (الكراهة).

(٦) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: التجارات، باب: الحكرة والجلب، (٧٢٨/٢) رقم الحديث (٢١٥٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير، كتاب: البيوع، باب: كراهية الاحتكار، (٢٨٧/٢) رقم الحديث (٢٠٢٥). قال محمد فؤاد عبد الباقي: إسناد الحديث ضعيف. ينظر: سنن ابن ماجه: (٧٢٨/٢).

القبيل، ثم إذا نهاه عن الاحتكار، وعاد إليه؛ عزره، وحبسه على ما يراه زجراً له، ودفعاً لضرره عن الناس قوله][1][2].

(وَلَا احْتِكَارَ فِي غَلَّةِ ضَيْعَتِهِ) [معناه: أنّ المحتكر لو كان له ضيعة، أو أشجار مثمرة، ونحو ذلك، فجمع ما يحصل منها، ولم يبعه[3]، فهذا ليس باحتكار][4]؛ لأنه [أ/٤٠٩] خالص حقه، ولم يتعلق به حق العامة، فلا يجبر على بيعه، وإنْ كان فاضلاً عن مقدار حاجته؛ وذلك لأنّه لو لم يزرع، ولم يستغل، لا يجب على ذلك، فلا يجبر على بيع ما يحصل منه.

(وَلَا) احتكار (فِيمَا جَلَبَهُ)؛ أي: جذبه بنَفْسه (مِنْ بَلَدٍ آخَرَ) إلى بلده، ولم يبعه هذا عند أبي حنيفة؛ إذ لم يتعلق به حقهم؛ [لأنّ حقهم][5] مخصوص بما جمع في البلد، أو جلب إليها لأجل البيع فيها، (وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: يُكْرَهُ)؛ أي: ما جلبه من بلد آخر يكره له احتكاره مطلقاً؛ لإطلاق النّص؛ أعني: قوله ﷺ: «مَنِ احْتَكَرَ طَعَاماً أَرْبَعِينَ لَيْلَةً؛ فَقَدْ [بَرِئَ مِنَ اللَّهِ وَ][6] بَرِئَ اللَّهُ مِنْهُ»[7].

(وَكَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ) موضع[8] (يَجْلِبُ مِنْهُ) [الطعام][9] (إِلَى الْمِصْرِ

---

(١) من قوله: (وهل يبيع القاضي) إلى قوله: (الناس قوله) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٧/٦)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣٢٢/١).
(٣) في (أ، ج): (يبغه)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).
(٤) من قوله: (معناه أنّ المحتكر) إلى قوله: (فهذا ليس باحتكار) سقط من: (ج).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، بلفظ: (من احتكر طعاماً أربعين ليلة؛ فقد برئ من الله وبرئ الله منه، وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع، فقد برئت منهم ذمة الله). مسند عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، رقم (٤٨١/٨ ـ ٤٨٢) الحديث (٤٨٨٠). وأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده، مسند عبد الله بن عمر، (١١٥/١٠) رقم الحديث (٥٧٤٦). قال شعيب الأرناؤوط: إسناد الحديث ضعيف. ينظر: مسند أحمد (٤٨٢/٨).
(٨) في (ج): (أن كان).
(٩) سقط من: (ج).

عَادَةً)[(١)] يُكره الاحتكار منه، وإلا فلا يكره، وظاهر[(٢)] جوابه شامل للصورتين، بيانه: أنّه لو كان لأحد ضيعة في الموضع الذي يجلب منه الطعام إلى المصر عادة؛ يكره له حبس غلاتها[(٣)] فيها، وكذلك لو اشترى أحد من هناك طعاماً، وأتى به إلى المصر؛ يكره له حبسه فيه.

قوله: (وَهُوَ الْمُخْتَارُ) أراد به قول محمد، ووجهه: أنّ كل موضع يجلب منّه الطعام إلى المصر في الغالب، فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه؛ لتعلق حق العامة به كما هو في نفس المصر بخلاف ما إذا كان بعيداً عن المصر، ولم تجرِ العادة بالحمل منه إلى المصر؛ لعدم تعلق حق العامة به، فلا يُكره[(٤)].

(وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَصِيرِ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ خَمْراً)؛ أي: من [الذي][(٥)] يعمل الخمر؛ لأنّ المعصية لا تقوم بعينه، بل بعد تغيره، والكراهة إنّما تتعلق بما يكون سبباً للمعصية بعينه.

(وَلَوْ بَاعَ مُسْلِمٌ خَمْراً، وَأَوْفَى دَيْنَهُ مِنْ ثَمَنِهَا كُرِهَ لِرَبِّ الدَّيْنِ أَخْذُهُ)؛ أي: أخذ ذلك الثمن المأخوذ من ثمن الخمر؛ لأنّ بيعه باطل، فالثمن حرام، (وَإِنْ كَانَ الْمَدْيُونُ ذِمِّيّاً، لَا يُكْرَهُ)؛ يعني: إذا كان [دين][(٦)] لمُسْلم على كافر، فباع المديون خمراً، وأخذ ثمنها؛ جاز للمسلم أخذه لدينه؛ لأنّ الخمر بالنسبة إليهم كالخل في حق المسلمين، فلا وجه لكراهة فيه[(٧)].

---

(١) في (ج): زيادة: (يعني أنّ محمداً فصّل الجواب حيث قال: إن كان موضع يجلب منه الطعام إلى المصر عادة).

(٢) في (ج): (ظاهر).

(٣) في (ب): (علاتها).

(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٧٧/٤)، والاختيار لتعليل المختار: (١٦١/٤).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٧٨/٤)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٢٨/٦).

(وَيُكْرَهُ التَّسْعِيرُ): وهو أنّ يعين الحاكم لكل مقدار من الطعام وغيره ثمناً، ويأمر الباعة بأنْ لا يتجاوزوه، ومن تعداه يعاقبه على ذلك، وكراهة؛ لقوله[١] ﷺ: «لَا تُسَعِّرُوا فَإِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ»[٢]؛ ولأن الثمن حق العاقد، فإليه تقديره، فلا ينبغي للحاكم أنْ يتعرض [لحقه][٣] (إِلَّا إِذَا) تحكم و(تَعَدَّى)، وتجاوز[٤] (أَرْبَابُ الطَّعَامِ فِي الْقِيمَةِ تَعَدِّياً فَاحِشاً) بأنْ يبيع قفيزاً بمئة، وهو يشترى بخمسين، (فَلَا بَأْسَ بِهِ)؛ أي: يجوز التسعير حينئذٍ، لكن يفعله (بِمَشُورَةِ أَهْلِ الْخِبْرَةِ) على ما يراه أصحاب الرأي والبصيرة، فإذا [فعل][٥] ذلك، وعين الأسعار، ثمّ [إذا][٦] تعدى أحد من[٧] ذلك، وباع بأكثر ممّا عيّنه القاضي، وسجل به، فإنْ كان يرضى المشتري؛ أجازه، وإلا زجر البائع، ومنعه عن العود لمثله، ولا يفسخ البيع من غير سبب يوجبه[٨].

(وَيَجُوزُ شِرَاءُ مَا لَا بُدَّ لِلطِّفْلِ مِنْهُ) متعلق بما لا بدَّ، (وَبَيْعُهُ) عند عدم الأب إذا تحققت حاجة الطفل، فيجوز (لِأَخِيهِ، وَعَمِّهِ، [ب/٤٠٩]

(١) في (أ): (بقوله)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٢) أخرجه أبو داود في سننه، بلفظ: عن أنس، (قال الناس: يا رسول الله، غلا السعر فسعر لنا، فقال رسول الله ﷺ: **إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال**). أبواب الإجارة، باب: في التسعير، (٢٧٢/٣) رقم الحديث (٣٤٥١)، وأخرجه الترمذي في سننه، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في التسعير، (٦٠٥/٣) رقم الحديث (١٣١٤)، قال أبو عيسى الترمذي: حديث حسن صحيح. ينظر: سنن الترمذي: (٦٠٥/٣).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) في (ج): (وتحاوز).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) سقط من: (أ)، (ب).
(٧) في (ج): (عن).
(٨) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (١٤٦/٧)؛ العناية شرح الهداية: (٥٩/١٠).

وَأُمِّهِ، وَمُلْتَقِطِهِ إِنْ) كان (هُوَ)؛ أي: الطفل[١] (فِي حِجْرِهِمْ)، والأصل في هذا: إنّ التصرف في الصغار ثلاثة أنواع:

١ ـ نوع: هو نفع محض، فيملكه من هو في يده ولياً كان أو لا كقَبُول الهبة، والصدقة له، ويملكه الصبي بنَفْسه إذا كان مميزاً[٢].

٢ ـ ونوع: هو ضرر محض كالعتاق، والطلاق، فلا يملكه هو، ولا أحد عليه.

٣ ـ ونوع: متردد بين النفع والضرر كالبيع، والإجارة للاسترباح، فلا يملكه إلا الأب، والجد، ووصيهما، وإنْ لم يكن الصغير في أيديهم؛ لأنّهم متصرفون بحكم الولاية عليه، فلا يشترط كونه في أيديهم، واستئجار الظئر[٣] من النوع[٤].

وفيه نوع رابع: وهو الإنكاح، فيجوز من كل عصبة، ومن ذوي الأرحام عند عدمهم كما مر في كتاب النكاح[٥].

ومنه: ما هو نفع لكنّه مشوب بالضرر، وقد بين المصنِّف حكمه بقوله: (وَتُؤَجِّرُهُ أُمُّهُ فَقَطْ) إذا كان في حِجْرها؛ لأنّها تملك إتلاف منافعه باستخدامه، فكان لها أنْ تخدمه غيرها بأجر يعود نفعه إليه، وليس ذلك للملتقط[٦]، ولا لغيره، ولو أجر الصبي نَفْسه لم يجز؛ لأنّه مشوب بالضرر إلا إذا فرغ من العمل؛ لأنّه تمحض نفعاً عنده، فيجب المسمّى[٧].

❋ ❋ ❋

(١) في (أ): (المطفل)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٨١/٤).
(٣) الظئر: العاطفة على ولد غيرها المرضعة له من الناس، والإبل الذَّكر والأنثى في ذلك سواء. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (٣٤/١٠).
(٤) في (ج): (اللوع).
(٥) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٣٤/٦).
(٦) في (أ): (للمتلقط)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٣٤/٦).

فَصْلٌ
فِي الْمُتَفَرِّقَاتِ

[وهي مسائل من قبيل ما تقدم خلت عنها الفصول السابقة، وهذا على عادة أكثر المشايخ من أرباب التضيف، فإنّهم كثيراً ما يذكرون نحو هذا عقيب كل كتاب، أو باب من الفقه][١].

(تَجُوزُ الْمُسَابَقَةُ بِالسِّهَامِ، وَالْخَيْلِ، وَالْحَمِيرِ)، والبغال، (وَالْإِبِلِ، وَالْأَقْدَامِ)، والأصل فيه حديث أبي هريرة[٢]: «لَا سَبْقَ إِلَّا فِي خُفٍّ، أَوْ نَصْلٍ، أَوْ حَافِرٍ»[٣]، والمراد بالخف: الإبل، وبالنصل: السهام، وبالحافر: الفرس، والبغل، والحمار، وذلك مجاز من قبيل إطلاق[٤] الجزء، وإرادة الكل[٥].

ثمّ إنّ السباق[٦] المذكور على وجوه: بعضها جائز، وبعضها مكروه، فشرع المصنِّف في بيان كل من ذلك، فقال: (فَإِنْ شُرِطَ فِيهَا)؛ أي: في المسابقة (جُعْلٌ): وهو ما يجعل لمن سبق مالاً كان، أو غيره[٧] (مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ) بأنْ قال [أحد][٨] المتسابقين[٩] للآخر: إنْ سبقتني، فلك كذا،

---

(١) من قوله: (وهي مسائل) إلى قوله: (باب من الفقه) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: خليج البحار: ص٤٦٠.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، بلفظ: (لا سبق إلا في خف أو في حافر أو نصل). كتاب: الجهاد، باب: في السبق، (٢٩/٣) رقم الحديث (٢٥٧٤)، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الجهاد، باب: السبق، والرهان، (٩٦٠/٢) رقم الحديث (٢٨٧٨). قال شعيب الأرناؤوط: «إسناده صحيح». مسند أحمد: (١٢٩/١٦).

(٤) في (ج): (الإطلاق).

(٥) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٢٣/٥).

(٦) في (أ): (السياق)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٧) ينظر: تكملة المعاجم العربية: (٢٢٦/٢).

(٨) سقط من: (أ).

(٩) في (أ)، (ب): (المسابقين)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

وإن سبقتك، فلا شيء لي، (أَوْ) من (ثَالِثٍ) بأنْ قال خارج: أيّكما سبق، فله كذا[(١)].

وقوله: (لِأَسْبَقِهِمَا) يتعلق بقوله: (جعل) وهو الأقرب، أو بشرط وهو الأنسب.

وقوله: (جَازَ) بيان للحل لا للاستحقاق، فإنّ المشروط عليه الجعل لو امتنع لا يجبر على إعطائه[(٢)] كما في النذر، وإنْ شرط الجعل (مِنْ كِلَا الْجَانِبَيْنِ) بأنْ يقول أحد المتسابقين للآخر: إنْ سبقتك، فلي عليك كذا، وإنْ سبقتني، فلك علي مثله (يَحْرُمُ)؛ لأنّه قمار[(٣)].

(إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُحَلِّلٌ كُفْءٌ لَهُمَا إِنْ سَبَقَهُمَا أَخَذَ[(٤)] مِنْهُمَا) ما شرط من الجعل، (وَإِنْ سَبَقَاهُ لَا يُعْطِيهِمَا) شيئاً، وبهذا يخرج عن كونه قماراً؛ لأنّه صار كأن المحلل في جانب، والمتسابقين[(٥)] كلاهما في جانب، والجعل من أحد الجانبين، ومعنى كونه كفء لهما: أنّه إنْ كانا فارسين يكون المحلل أيضاً فارساً[(٦)]، وفرسه بحيث يمكن أنْ يسبق[(٧)] فرسهما[(٨)]، ولو[(٩)] لم يكن فرسه كذلك [أ/٤١٠]؛ لم يجز؛ لأنّه لا فائدة حينئذٍ في إدخاله بينهما، فلا يخرج بدخوله عن أنْ يكون قماراً؛ لأنّ القمار إنّما هو كون الغرم[(١٠)] دائراً بين اثنين، وهو تعليق

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٦٩/٤).
(٢) في (ب): (إغطائه).
(٣) ينظر: النتف في الفتاوى، للسغدي: (٨٦٤/٢).
(٤) في (ج): (أحد).
(٥) في (أ)، (ب): (المسابقين)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٦) في (أ)، (ب): (فارسيا)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٧) في (ب): (يسبق).
(٨) في (ب): (فرسها).
(٩) في (ج): (ولم).
(١٠) في (أ)، (ب): (القرم)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

المال بالخطر، وذلك غير جائز في القياس مطلقاً، لكن لما ورد [من][1] الأثر بما ذكر من الصور ترك القياس فيها، وبقي ما وراءها على أصل القياس[2].

(وَفِيمَا بَيْنَهُمَا أَيُّهمَا[3] سَبَقَ أَخَذَ مِنَ الْآخَرِ)؛ يعني: يأخذ منه ما عين من الجعل.

(وَعَلَى هَذَا لَوْ اخْتَلَفَ اثْنَانِ)؛ يعني: على هذا التفصيل المذكور في السباق[4] لو تنازع فقيهان في السبق (فِي مَسْأَلَةٍ) عِلْمية، (وَأَرَادَا[5] الرُّجُوعَ إِلَى شَيْخٍ) يفصل بينهما، (وَجَعَلَا عَلَى ذَلِكَ جُعْلاً)، فإنْ كان ذلك الجعل من أحدهما [أو من ثالث][6] أو من الجانبين بأنْ أدخل بينهما محللاً على قياس ما ذكر؛ جاز، وإلا، فلا؛ لأنّ ذلك في معنى ما ورد به النص في المسابقة، والجامع، وإنْ ما سبق يرجع إلى الحث على الجهاد، وتحصيل الآلة، وتكميل أسبابه، وهذا يرجع إلى الحث على تعلم العِلْم، [والتمرن فيه][7]، والحرص على طلبه، وتعاطيه؛ لأنّ قيام العَالِم[8] بالعِلْم، والجهاد، وتعاطيهما على نهج السداد[9].

(وَوَلِيمَةُ الْعُرْسِ سُنَّةٌ)، وذلك ما يصنع من المآكل، ويدعى الناس إليه عند التزوج، والجمعية للأحباب عند القدوم من السفر، والولادة، والختان، ونحوها، والتخصيص بالعرس لورود السُّنة به، «فإنّه ﷺ أولم

---

(١) سقط من: (أ)، (ب).
(٢) ينظر: تحفة الفقهاء (٣٤٨/٣)، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٢٠٦/٦).
(٣) في (أ): (أيها)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٤) في (أ): (السياق)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٥) في (ب، ج): (أراد).
(٦) سقط من: (أ).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (ب): (العام).
(٩) ينظر: البناية شرح الهداية (٢٥٤/١٢).

على صفية(١) بسويق، [و](٢) تمر، وعلى زينب(٣)، وغيرهما من أمهات المؤمنين»(٤)، وأمر عبد الرحمٰن بن عوف(٥)(٦) بذلك حيث رأى عليه علامة العروس، فقال [له](٧): «أولم، ولو بشاة»(٨).

(**وَمَنْ دُعِيَ، فَلْيُجِبْ**) إلى وليمة، أو نحوها من الجمعيات، (**وَإِنْ لَمْ يُجِبْ أَثِمَ**)؛ لمخالفة الأمر(٩) قال ﷺ: «**مَنْ لَمْ يُجِبْ الدَّعْوَةَ؛ فَقَدْ عَصَى أَبَا الْقَاسِمِ**»(١٠).

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص١٠٦٤.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) هي زينب بنت خزيمة بن الحارث الهلالية، من أزواج النبي ﷺ كانت تدعى في الجاهلية (أمّ المساكين) تزوجها عبيدة بن الحارث، وقتل عنها ببدر، فتزوجها النبي ﷺ (سنة ٣هـ)، ولبثت عنده ثمانية أشهر أو أقل، وماتت بالمدينة، وعمرها نحو ثلاثين سنة. ينظر: الأعلام، للزركلي: (٦٦/٣)، كتاب: الأربعين في مناقب أمهات المؤمنين (ص: ٤٣).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه، بلفظ: عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ﷺ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «أَوْلَمَ عَلَى صَفِيَّةَ بِسَوِيقٍ، وَتَمْرٍ». أول كتاب: الأطعمة، باب: في استحباب الوليمة عند النكاح (٥٧٢/٥)، رقم الحديث (٣٧٤٤). قال شعيب الأرناؤوط: حديث صحيح. ينظر: سنن أبي داود: (٥٧٢/٥).

(٥) ينظر: خليج البحار: ص٢٠٩٣.

(٦) في (ج): (عفو)، والصواب ما أثبتناه.

(٧) سقط من: (ج).

(٨) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في قول الله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۝١٠ وَإِذَا رَأَوْاْ تِجَٰرَةً أَوْ لَهْوًا ٱنفَضُّوٓاْ إِلَيْهَا وَتَرَكُوكَ قَآئِمًا قُلْ مَا عِندَ ٱللَّهِ خَيْرٌ مِّنَ ٱللَّهْوِ وَمِنَ ٱلتِّجَٰرَةِ وَٱللَّهُ خَيْرُ ٱلرَّٰزِقِينَ ۝١١﴾ [الجمعة: ١٠ - ١١]، وقوله: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، (٥٣/٣)، رقم الحديث (٢٠٤٩).

(٩) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٦/٤).

(١٠) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، بلفظ: (شر الطعام طعام الوليمة، يدعى لها الأغنياء ويترك الفقراء، ومن ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله ﷺ)، كتاب: النكاح، باب: من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله، (٢٥/٧) رقم الحديث=

(وَلَا يَرْفَعُ مِنْهَا شَيْئاً)؛ أي: لا يأخذ من طعام الوليمة غير ما يأكله ثمة[(١)].

(وَلَا يُعْطِي) منها (سَائِلاً)، ولا واغلاً، ولا كلباً؛ لأنّه إنّما أذن له في الأكل دون الرفع، والإعطاء (إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهَا)، أو ما يرمي[(٢)] كالعَظْم ونحوه، قال في الحاوي[(٣)] القدسي[(٤)]: ويُكره رفع ما يسمى زلة، وفي استحلالها[(٥)] إنْ لم [يكن][(٦)] بإذن[(٧)] صاحب الطعام خشية الكفر، وفي الواقعات[(٨)]: رفع الزلة حرام بكل حال ما لم يقل صاحب البيت: ارفعوا[(٩)].

(وَإِنْ عَلِمَ) المدعو (أَنَّ فِيهَا لَهْواً لَا يُجِيبُ)؛ يعني: لو علم قبل الحضور بذلك لا يجيب، بل يعتذر لئلا يتأذى الداعي بعدم إجابته؛ لأن

= (٥١٧٧)، أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: النكاح، باب: شر الطعام طعام الوليمة، (١٠٥٥/٢) رقم الحديث (١٤٣٢).

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٦/٤).

(٢) في (أ)، (ب): (ما يرى)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٣) في (أ)، (ب): (الحادي)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٤) الحاوي القدسي في الفروع: للقاضي، جمال الدين: أحمد بن محمد بن نوح القابسي، الغزنوي، الحنفي (ت: ٥٩٣هـ)، ذكره ابن الشحنة في هوامش الجواهر المضية، قال: وإنما قيل فيه: القدسي؛ لأنه صنفه في القدس، نقلته من خط تلميذه حسن بن علي النحوي، ثم رأيت في ظهر نسخة منه أن مصنفه الشيخ، الإمام محمد الغزنوي، والله ﷻ أعلم. ينظر: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون (٦٢٧/١)، وهدية العارفين: (٨٩/١).

(٥) في (أ): (استخلالاها)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) في (ج): (يأذن).

(٨) واقعات الحسامي المسمى بالأجناس، للإمام حسام الدين عمر بن عبد العزيز البخاري الحنفي، المتوفى (٥٣٦هـ)، جمع فيه بين النوازل لأبي الليث، والواقعات للناطفي، وفتاوى أهل سمرقند، ورتب كتاب المختصر المنسوب إلى الحاكم الشهيد. ينظر: كشف الظنون: (١٩٩٨/٢).

(٩) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٦/٤).

حق الدعوة لم يلزمه ههنا؛ لأنّه لم يخلص سنة، (وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ) بالمنكر (حَتَّى حَضَرَ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَى الْمَنْعِ) قولاً، أو فعلاً (فَعَلَ)؛ أي: يمنع؛ لأنه نهي عن المنكر وهو واجب على من يقدر عليه، (وَإِلَّا)؛ أي: وإنْ لم يقدر، (فَإِنْ كَانَ مُقْتَدًى بِهِ) كالمفتي، والقاضي، والشيخ المرشد، (أَوْ كَانَ اللَّهْوُ عَلَى الْمَائِدَةِ) التي دعي إليها، (فَلَا يَقْعُدُ)؛ لئلا يظن أنّه جائز، فيكون فتح باب المعصية على المسلمين[١].

(وَإِلَّا)؛ أي: وإن لم يكن ممن يقتدى به، أو[٢] لم يكن على المائدة، بل في موضع آخر؛ (فَلَا بَأْسَ بِالْقُعُودِ)، والأكل؛ لأنّ السُّنَّة، [ب/٤١٠] وتترك[٣] لما اقترنت به من البدعة كصلاة الجنازة تجب إقامتها، وإنْ حضرها النياحة.

(وَقَالَ الْإِمَامُ) أبو حنيفة: (أُبْتُلِيتُ بِهِ مَرَّةً، فَصَبَرْتُ) هكذا فيما حكى عنه، (وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُقْتَدًى بِهِ)، وإلا فحاشا أنْ يسكت عن مثل هذا المنكر، وهو صاحب المذهب، والمعتبر، وقد كان ينهى عمّا هو أعظم من ذلك، وأكبر[٤].

(وَدَلَّ قَوْلُهُ)؛ أي: قول الإمام: (أُبْتُلِيتُ عَلَى حُرْمَةِ كُلِّ الْمَلَاهِي؛ لِأَنَّ الِابْتِلَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْمُحَرَّمِ) كذا قالوا، وفيه نظر، فإنّ الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب، ولو كان مباحاً، ومنه قوله: «مَنْ أُبْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ»[٥] الحديث.

---

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٦٥/٤).

(٢) في (ج): (و).

(٣) في (ب، ج): (لا تترك).

(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٧/٤)؛ الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (ص: ٤٨٢).

(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: (٢٨٤/٢٣) رقم الحديث (٦٢٢)، والدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك (٣٦٦/٥) رقم الحديث (٤٤٦٦)، من حديث أم سلمة ﵂، قال شعيب الأرناؤوط: «وفي إسناده عباد بن كثير الثقفي، وهو متروك الحديث». ينظر: مسند أحمد: (٣٠/٢٦).

(وَالْكَلَامُ مِنْهُ مَا يُؤْجَرُ بِهِ) قائله (كَالتَّسْبِيحِ، وَنَحْوِهِ) من الذِّكر، والثناء على الرب جل وعلا، وقراءة القرآن.

(وَقَدْ يَأْثَمُ [بِهِ][١])؛ أي: ربّما يكون ما يؤجر القائل به حال موجباً[٢] للإثم في حالٍ آخر كما (إِذَا فَعَلَهُ فِي مَجْلِسِ الْفِسْقِ)، أو قراءة القرآن في مواضع النجاسة لإهانة ما أمر الشرع بتعظيمه، وصيانته عن الابتذال، وأشار إلى هذا بقوله: (وَهُوَ يَعْلَمُهُ)؛ أي: حال كونه مشغولاً بعمل الفسق؛ لأنّه يتمحض كون ذلك إهانة، ومن هذا قيل: إنَّ [مَنْ][٣] قال: بسم الله حال شربه الخمر، فإنّه يكفر بخلاف ما إذا كان قصده بذلك الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر كما أفاده المصنِّف بقوله: (وَإِنْ قَصَدَ بِهِ فِيهِ الِاعْتِبَار، وَالْإِنْكَارَ، فَحَسَنٌ)؛ يعني: إنْ كان قصده[٤] بالتسبيح، ونحوه في مجلس الفسق الوعظ، والنصيحة، وتنبيه من يتعاطاه[٥] ليرعوي، ويترك الفسق، ففعله ذلك حسن[٦].

(وَيُكْرَهُ فِعْلُهُ) ذلك المذكور من التسبيح، وغيره (لِلتَّاجِرِ)، وغيره من الباعة (عِنْدَ فَتْحِ مَتَاعِهِ) كقوله: فتبارك الله أحسن الخالقين، أو سبحان الله ما أحسن هذا المتاع، ونحوه مما يهيج به رغبة المشتري[٧].

(التَّرْجِيعُ بِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ، وَالِاسْتِمَاعُ إليه) كلا المصدرين مرفوع بالعطف على قول: (فعله)؛ [أي: يكره الترجيع، والاستماع أيضاً؛ يعني: لا يحل، ولا يجب الاستماع أيضاً، وهو قول أكثر المشايخ؛ لأنّه يشبه بفعل الفسقة حال فسقهم، وهو التغني][٨].

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (موجب).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) في (أ): (قصد)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٥) في (ج): (يتعاطيه).
(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٩/٤).
(٧) ينظر: المصدر السابق.
(٨) من قوله: (أي: يكره الترجيع) إلى قوله: (وهو التغني) سقط من: (ج).

(وَقِيلَ: لَا بَأْسَ بِهِ)؛ أي: قال بعض المشايخ: لا بأس بالترجيع في قراءة القرآن إذا لم يتغير المعنى، ولم يحصل الإخلال ببعض الحروف زيادة، ونقصاً؛ لقوله ﷺ: «زَيِّنُوا الْقُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ»(١)، (وعَنْ النَّبِيِّ) ﷺ: «أَنَّهُ كَرِهَ رَفْعَ الصَّوْتِ عِنْدَ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ وَالْجِنَازَةِ»(٢)؛ أي: عند حمل الميت على الجنازة بذكر محاسنه ـ؛ لأنّه من صنيع الجاهلية، أو يقول القائل: ترحموا على هذا ونحوه(٣).

(وَالزَّحْفِ): يعني: القتال مع الكفرة(٤)؛ [لأنّه يوهم](٥) الخوف، والجزع.

(وَالتَّذْكِيرِ)؛ يعني: مجلس الوعظ، وإذا كان رفع الصوت في مثل هذه المواطن مكروهاً (فَمَا ظَنُّك بِهِ)؛ أي: الغناء بالأشعار العشقية(٦)، والكلمات الفسقية (الَّذِي) أحدثت ذلك الغنى الجهلة [أ/٤١١] (يُسَمُّونَهُ وَجْداً، وَكَرِهَ الْإِمَامُ) أبو حنيفة (الْقِرَاءَةَ عِنْدَ الْقَبْر، وَجَوَّزَهَا مُحَمَّدٌ، وَبِهِ أُخِذَ) بصيغة المجهول؛ أي: أخذ بقول محمد في الجواز، وعليه عمل أكثر الناس في أكثر البلدان(٧)(٨).

قوله: (وَمِنْهُ مَا لَا أَجْرَ فِيهِ، وَلَا وِزْرَ) معطوف على قوله: منه ما يجر

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الصلاة، بَابٌ: فِي حُسْنِ الصَّوْتِ بِالْقُرْآنِ (٣٦٦/٢) رقم الحديث (١٣٤٢). إسناده صحيح.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: السير، باب: رفع الصوت في الحرب (٥١٣/٦) رقم الحديث (٣٣٤٢١)، وهو حديث صحيح الإسناد. ينظر: سلسلة الآثار الصحيحة أو الصحيح المسند من أقوال الصحابة والتابعين: (١٦٩/١).

(٣) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣١٥/٥)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (٥٥/١).

(٤) في (ج): زيادة: (يعني).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) في (أ): (الشقية)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(٧) في (ج): (وعليه أكثر عمل الناس في البلدان).

(٨) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣٤٩/٦).

به إلى آخره، والمعنى: أنّ الكلام منه ما فيه أجر ووزر نحو ما ذكر، ومنه ما ليس فيه شيء ممّا ذكر، وهو ضد الأول، وأكثر كلام الناس من هذا القبيل نحو قول بعض الناس لبعضهم: (قُمْ، وَاقْعُدْ)، وافعل، واترك في المعاملات، ونحوها، وهذا القسم من الكلام هل يكتب على قائله، أو لا؟

قيل: يكتب عليه، ثمّ يسقط من ديوانه يوم الحساب، (وَقِيلَ: لَا يَكْتُبُ عَلَيْهِ) وجه الأول[1] قوله تعالى: ﴿مَا يَلْفِظُ مِن قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ ﴿١٨﴾﴾ [ق: ١٨].

(وَمِنْهُ مَا يَأْثَمُ بِهِ)؛ أي: من الكلام ما يكون قائله آثماً بسببه (كَالْكَذِبِ، وَالْغِيبَةِ، وَالنَّمِيمَةِ، وَالشَّتِيمَةِ، وَالْكَذِبُ): هو الإخبار بما ليس بواقع قصداً، وهو (حَرَامٌ) في سائر الأديان (إِلَّا فِي الْحَرْبِ لِلْخُدْعَةِ، وَفِي الصُّلْحِ بَيْنَ اثْنَيْنِ) المتعاديين من الإخوان بأنْ يقول لأحدهما: إنّ فلاناً يحبك، وقد ندم ما صدر منه، ثمّ يقول للآخر كذلك، فيكون سبباً للصلح بينهما، (وَفِي إِرْضَاءِ الْأَهْلِ) بأنْ يقول الزوج لامرأته: إنّي أُحبك، وأريد أنْ أشتري لك شيئاً من الحلي، وغيره[2]، فيكون ذلك سبباً لعطفها عليه، وترك النشوز، (وَفِي دَفْعِ الظَّالِمِ عَنْ الظُّلْمِ)، والأصل في ذلك قوله ﷺ: «لَا يَصْلُحُ الْكَذِبُ إِلَّا فِي ثَلَاثٍ: فِي الصُّلْحِ [بَيْنَ اثْنَيْنِ، وَفِي الْقِتَالِ، وَفِي إِرْضَاءِ الرَّجُلِ أَهْلَهُ»[3]، ودفع الظالم عن الظلم من باب الصلح][4].

(وَيُكْرَهُ التَّعْرِيضُ بِهِ)؛ أي: الكذب (إِلَّا لِحَاجَةٍ) كقولك لرَجل: كل،

---

(١) ينظر: منحة السلوك في شرح تحفة الملوك: (ص: ٤٨٢).

(٢) في (ج): (غير).

(٣) أخرجه الإمام الترمذي في سننه، بلفظ: (لا يحل الكذب إلا في ثلاث: يحدث الرَّجل امرأته ليرضيها، والكذب في الحرب، والكذب ليصلح بين الناس). كتاب: البر والصلة عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء في إصلاح ذات البين، (٣٣١/٤) رقم الحديث (١٩٣٩)، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، من مسند القبائل، من حديث أسماء بنت يزيد، (٥٨٢/٤٥) رقم الحديث (٢٧٦٠٨). وقال شعيب الأرناؤوط: «إسناده ضعيف». مسند أحمد (٥٨٢/٤٥).

(٤) من قوله: (بَيْنَ اثْنَيْنِ، وَفِي الْقِتَالِ) إلى قوله: (من باب الصلح) سقط من: (أ، ب).

فيقول: أكلت؛ يعني: أمس، فلا بأس به؛ لأنّه صادق في قصده، وقيل: يكره؛ لأنّه كذب في الظاهر[١].

قوله: (وَلَا غِيبَةَ لِظَالِمٍ) بيان لما يحل من الغيبة: وهي التكلم في غيبة[٢] الرَّجل بما يكره[٣]، وقد ذكروا في ذلك وجوهاً مرجعها إلى ستة أحوال، وقد ذكره المصنِّف له منها ثلاثة أحوال:

أولها: ما ذكر من غيبة الظالم[٤]، وهو أنْ يذكر ظلمه، ويغيب[٥] عليه بذلك[٦].

وثانيها[٧]: قوله: (وَلَا إِثْمَ فِي السَّعْيِ بِهِ)؛ أي: لا يأثم المغتاب للظالم إذا سعى به إلى الحاكم ليزجره[٨]، فإذا عاقبه الحاكم، لا يأثم السّاعي[٩] بذلك؛ لأنّه من باب النهي عن المنكر[١٠].

وثالثها: قوله: (وَلَا غِيبَةَ إِلَّا لِمَعْلُومٍ)؛ أي: لا يصدق لفظها إلا على من يكون معلوماً متعيناً بأنْ يسميه باسمه[١١]، ويذكره بنعته الذي يتميز به عن غيره، (فَاغْتِيَابُ أَهْلِ قَرْيَةٍ) نحو أنْ يقول: أهل قرية كذا فيهم عيب[١٢] كذا (لَيْسَ بِغِيبَةٍ) إلا أنْ يذكر قوماً معلومين معروفين.

(وَيَحْرُمُ اللَّعِبُ بِالنَّرْدِ، والشِّطْرَنْجِ)؛ لقوله ﷺ: «مَنْ لَعِبَ بِالشِّطْرَنْجِ

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٤/١٨٠).
(٢) في (ج): (غيب).
(٣) في (ج): (يكرهه).
(٤) في (ج): (لظالم).
(٥) في (ج): (ويعيب).
(٦) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٥/٤٠٦).
(٧) في (ج): (وثانيهما).
(٨) في (أ): (بزجره)، والصواب ما أثبتناه من: (ب).
(٩) في (ج): (السعي).
(١٠) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري: (٨/٢٣٦).
(١١) في (أ): (باسم)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(١٢) في (ج): (غيب).

وَالنَّرْدَشِيرِ فَكَأَنَّمَا غَمَسَ يَدَهُ فِي دَمِ الْخِنْزِيرِ»[(١)]، وهو تشبيه حرمتها بحرمة أكله.

والنّرد: عجمي معرب، وشير معناه: حلو[(٢)].

والشطرنج: بالكسر والفتح، وكسره[(٣)] أحسن، وأفصح[(٤)].

[وقال جماعة من العلماء[(٥)] بإباحة [ب/٤١١] لعب الشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر، وتذكية الأفهام، وهو محكي عن الشافعي[(٦)]، ولنا: ما روينا عن الحديث[(٧)(٨)]، ثمّ إنْ قام به تسقط عدالته، فلا تُقبل شهادته، وإلا، فلا، [ولم يرَ أبو حنيفة بأساً بالسلام على لاعبيه ليشغلنَّ برد السلام عمّا هم فيه، وكره ذلك صاحباه زجراً لهم][(٩)(١٠)].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، بلفظ: (من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم خنزير ودمه) كتاب: الأدب، باب: في النهي عن اللعب بالنرد، (٢٨٥/٤) رقم الحديث (٤٩٣٩)، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الأدب، باب: اللعب بالنرد، (١٢٣٨/٢) رقم الحديث (٣٧٦٣)، وقال شعيب الأرناؤوط: إسناد الحديث صحيح على شرط مسلم. ينظر: سنن ابن ماجه (١٢٣٨/٢)، مسند أحمد: (١٣١/٣٨).

(٢) ينظر: تهذيب اللغة: (٦٧/١٤).

(٣) في (ج): زيادة: (وكسره).

(٤) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (٥٩٩/٧).

(٥) وهم: (أبو هريرة، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير). ينظر: المغني، لابن قدامة: (١٥١/١٠).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير: (١٨٧/١٧).

(٧) الحديث هو قوله ﷺ: (مَنْ لَعِبَ بِالشِّطْرَنْجِ وَالنَّرْدَشِيرِ فَكَأَنَّمَا غَمَسَ يَدَهُ فِي دَمِ الْخِنْزِيرِ).

(٨) من قوله: (وقال جماعة من العلماء) إلى قوله: (ما روينا عن الحديث) سقط من: (ج).

(٩) سقط من: (ج).

(١٠) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٨١/٤)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٤٠٨/٦ ـ ٤٠٩).

(وَالْأَرْبَعَةَ عَشَرَ)؛ لقوله ﷺ: «كُلُّ لَعِبٍ حَرَامٌ»[(١)].

(وَ) يحرم (كُلُّ لَهْوٍ)؛ لقوله ﷺ: «لَهْوُ الْمُؤْمِنِ عَبَثٌ بَاطِلٌ إِلَّا بِثَلَاثٍ: تَأْدِيبُهُ لِفَرَسِهِ، وَمُنَاضَلَتُهُ لِقَوْسِهِ[(٢)]، وَمُلَاعَبَتُهُ مَعَ أَهْلِهِ»[(٣)]، وقوله: كل لهو تعميم بعد التخصيص؛ لتأكيد النهي[(٤)].

(وَيُكْرَهُ اسْتِخْدَامُ الْخُصْيَانِ) جمع خصي، وهو الذي تفرك خصيتاه إلى أنْ يبطل عمل آلته مع كونها باقية صورة.

والمجبوب: هو الذي قطع منه ذلك[(٥)].

وكلاهما يكره استخدامه؛ لأنّ في إظهار الرغبة فيه حث للناس على فعل ذلك، وقد صح[(٦)] أنّه ﷺ نهى عنها، فيحرم[(٧)].

(وَصْلُ الشَّعْرِ بِشَعْرِ آدَمِيٍّ) وهو مما يفعله[(٨)] النساء إذا لم يكن

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه، بلفظ: (أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله ليدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه يحتسب في صنعته الخير، والرامي به، والممد به، وقال: ارموا واركبوا، ولأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا كل ما يلهو به الرجل المسلم باطل إلا رمية بقوسه، وتأديبه فرسه، وملاعبته أهله، فإنهن من الحق). كتاب: فضائل الجهاد، باب: ما جاء في فضل الرمي في سبيل الله، (١٧٤/٤) رقم الحديث (١٦٣٧)، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الجهاد، باب: الرمي في سبيل الله، (٩٤٠/٢) رقم الحديث (٢٨١١). قال شعيب الأرناؤوط: «حديث حسن بمجموع طرقه وشواهده». مسند أحمد: (٥٣٣/٢٨).

(٢) في (ج): (لفرسه).

(٣) سبق تخريجه أعلاه.

(٤) ينظر: تحفة الفقهاء: (٣٤٤/٣ ـ ٣٤٥).

(٥) ينظر: مقاييس اللغة: (٤٢٣/١).

(٦) في (ج): (صحح).

(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٨٠/٤)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (٢٨٣/٢).

(٨) في (ج): (فعله).

لأحدهن شَعر، أو كان قليلاً، أو[(١)] قصيرٌ، تصله بشعر امرأة أخرى، وقد «لعن النبي ﷺ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ»[(٢)]، وتخصيص الحكم المذكور بشَعر الآدمي يشعر أنّ وصله بشَعر غيره من الحيوانات لا يكره[(٣)].

(وَقَوْلُهُ)؛ أي: الداعي (فِي الدُّعَاءِ) يناجي ربه: (أَسْأَلُك بِمَعْقِدِ الْعِزِّ مِنْ عَرْشِك) روي هذا اللفظ بعبارتين: أحدهما: بتقديم القاف على العين المهملة من القعود، والأخرى: بتقديم العين على القاف من العقد، والعبارة الأولى لا شك في كراهتها؛ لأنّ القعود، وهو[(٤)] التمكن على العرش قول المجسمة، وهو قول باطل.

وكذلك الثانية لإبهامها[(٥)] تعلق عزه عز وجل بالعرش، وهو محدَث، والله تعالى بجميع صفاته قديم (خِلَافاً لِأَبِي يُوسُفَ)؛ يعني: لم يرَ بذلك بأساً في رواية عنه، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، ولعل السر في تجويزه جواز جعل العز صفة للعرش؛ لأنّ العرش موصوف في القرآن بالمجد[(٦)] والكرم، فكذا بالعز، ولا يخفى على أحد أنّه موضع الهيبة، وإظهار كمال القدرة[(٧)]، وإنْ كان الله [تعالى][(٨)] مستغنياً عنه[(٩)].

---

(١) في (ج): زيادة: (هو).

(٢) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: اللباس، باب: الموصولة (١٦٦/٧) رقم الحديث (٥٩٤٠)، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: اللباس والزينة، باب: تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة...، (١٦٧٧/٣) رقم الحديث (٢١٢٤).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (١٢٥/٥).

(٤) في (ج): (هو).

(٥) في (ج): (لأيهما).

(٦) في (أ)، (ب): (في المجد)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).

(٧) في (ج): (للقدرة).

(٨) سقط من: (أ)، (ب).

(٩) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣١٢/٥ ـ ٣١٣)؛ الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: (ص: ٦٦٢).

(وَ) يُكره (قَوْلُهُ)؛ أي: قول الداعي (أَسْأَلُك بِحَقِّ أَنْبِيَائِك، وَرُسُلِك)، أو بحق فلان يسميه من الأنبياء، والأولياء؛ لأنّه لا [حق][(١)] للمخلوق على الخالق، ولا يجب على الله تعالى شيء، فلا وجه للدعاء بذلك اللفظ[(٢)].

(وَاسْتِمَاعُ الْمَلَاهِي حَرَامٌ) والمراد بها: ما يكون بآلات اللهو كالعود، والمزمار، ونحوها، والأصل في ذلك قوله ﷺ: «اسْتِمَاعُ الْمَلَاهِي مَعْصِيَةٌ وَالْجُلُوسُ عَلَيْهَا فَاسِقٌ وَالتَّلَذُّذُ بِهَا كُفْرٌ»[(٣)] الحديث بخلاف الدف [الذي يضرب في العرس، والطبل][(٤)] الذي يضرب في العسكر[(٥)].

(وَيُكْرَهُ تَعْشِيرُ الْمُصْحَفِ)؛ يعني: ما يكتب بالأحمر.

(وَنَقْطُهُ) بفتح النون، وإنّما كره[(٦)] ذلك لقول ابن مسعود: جردوا[(٧)] القرآن، وفيها ترك التجريد (إِلَّا لِلْعَجَمِ، فَإِنَّهُ حَسَنٌ) لهم في زماننا؛ لأنّه لا بدَّ للعجم من دلالة، فبالتعشير يحفظ الآي[(٨)]، وبالنقطة يحفظ الإعراب، فكانا حسنين[(٩)].

(وَلَا بَأْسَ بِتَحْلِيَتِهِ) [أ/٤١٢]؛ أي: تحلية[(١٠)] المصحف بماء الذهب، ونحوه من النقوش، والزينة ترغيباً في قراءته، ورعايةً لحرمته، وتعظيماً لمكانته، وصار كنقش المسجد، وتزيينه.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (١٢٦/٥)؛ البناية شرح الهداية: (٢٤٨/١٢).
(٣) ينظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح (١٠٦٦/٣)، نيل الأوطار (١١٣/٨).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٦٩/٥).
(٦) في (ج): (ذكره).
(٧) في (ج): (جردو).
(٨) في (ج): (الآية).
(٩) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٦٦/٤)؛ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٣٠/٦).
(١٠) في (أ): (لتحلية)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).

(وَلَا بَأْسَ بِدُخُولِ الذِّمِّيِّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ) وغيره من مساجد المسلمين وجوامعهم[(١)]، وقال الشافعي[(٢)]: يُكره [ذلك في المسجد الحرام][(٣)]، وقال[(٤)] مالك[(٥)]: يُكره في جميع المساجد.

للشافعي قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ﴾ [التوبة: ٢٨] الآية؛ ولأنّ الكافر، لا يخلو عن جنابة؛ لأنّه لا يغتسل على وجه تسقط عنه الجنابة، والجنب يجنب عن دخول المسجد بالنص، ومالك يستدل بهذا، والتعليل بالنجاسة عام، فينظم[(٦)] المساجد كلها.

ولنا: ما روي «أنّه عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنْزَلَ وَفْدَ ثَقِيفٍ فِي مَسْجِدِهِ لَمّا قَدِمُوا عَلَيهِ وَهُمْ كُفَّارٌ»[(٧)]؛ ولأنّ الخبث في اعتقاد الكافر لا في شخصه، فلا يحصل التلويث الذي هو مدار النهي، والآية الكريمة محمولة على منع قربانهم المسجد الحرام على سبيل الاستيلاء، والاستعلاء[(٨)].

وقوله: (وَلَا بِعِيَادَتِهِ) معطوف على قوله: بدخول؛ أي: لا بأس

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٦٦/٤).
(٢) ينظر: الحاوي: (٤٨/١١).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (وعند).
(٥) ينظر: البيان والتحصيل: (ص: ٤٠٩).
(٦) في (ج): (فينتظم).
(٧) أخرجه أبو داود في سننه، بلفظ: (أن وفد ثقيف لما قدموا على رسول الله ﷺ، أنزلهم المسجد ليكون أرق لقلوبهم، فاشترطوا عليه أن لا يحشروا، ولا يعشروا، ولا يجبوا، فقال رسول الله ﷺ: لكم أن لا تحشروا، ولا تعشروا، ولا خير في دين ليس فيه ركوع). كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: ما جاء في خبر الطائف، (١٦٣/٣) رقم الحديث (٣٠٢٦). وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند الشاميين، (٤٣٨/٢٩) رقم الحديث (١٧٩١٣). قال شعيب الأرناؤوط: «رجاله ثقات رجال الصحيح غير أن في سماع الحسن من عثمان اختلاف». مسند أحمد: (٤٣٨/٢٩ ـ ٤٣٩).
(٨) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٦٦/٤).

بعيادة[(١)] الذي إذا مرض؛ لأنّ ذلك نوع بر في حقهم، وما نهينا عنه، ولعلّ ذلك يكون سبباً لإسلامه، وقد صّح «أنه عَلَيْهِ السّلَامُ عَادَ يهودياً مَرِيْضاً كَانَ [في][(٢)] جِوَارِهِ»[(٣)]، وفي رواية: «أنه عَلَيْهِ السّلَامُ عَرَضَ عَلَيْهِ الإسلام، فأسلمَ، وماتَ»[(٤)(٥)].

(وَيَجُوزُ إِخْصَاءُ الْبَهَائِمِ)؛ أي: جعل الذَّكر منها خصياً؛ لأنّ في ذلك منفعة لها، وللنّاس، أمّا منفعة الدّابة؛ فلأنّها بذلك يزول شبقها، وتنكسر[(٦)] شوكتها، وشدتها، وذلك منفعة لها، ولغيرها من أبناء نوعها، [وأمّا منفعة الناس، فتطيب لحمها بزوال جماعها، فيتم الانتفاع بها أكلاً، وركوباً يقال: خصيتَّ الفحل: إذا نزعت خصيتيه، فالإخصاء في معناه خطأ][(٧)(٨)].

(وَ) يجوز (إِنْزَاءُ الْحَمِيرِ عَلَى الْخَيْلِ) لإنتاج البغال، وقد صّح «أنَّ عَلَيْهِ اَلسَّلَامُ رَكِبَ الْبَغْلَةَ»[(٩)]، وكانت له بغلته أهداها له صاحب مصر، ولو كان استنتاجها حراماً لما ركبها؛ لما تقرر أنّ سبب الحرام حرام[(١٠)].

---

(١) في (أ): (بعبادة)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي فمات، هل يصلى عليه؟...، (٢/٩٤)، رقم الحديث (١٣٥٦).
(٤) سبق تخريجه أعلاه.
(٥) ينظر: منحة السلوك في شرح تحفة الملوك: (ص: ٤١٩).
(٦) في (ج): (وتكسر).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٥/٣٧٦).
(٩) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، بلفظ عن ابن عباس بن عبد المطلب، قال: قال عباس: (شهدت مع رسول الله ﷺ يوم حنين، فلزمت أنا وأبو سفيان بن الحارث بن عبد المطلب رسول الله ﷺ فلم نفارقه، ورسول الله ﷺ على بغلة له بيضاء أهداها له فروة بن نفاثة الجذامي...). كتاب: الجهاد والسير، باب: في غزوة حنين، (٣/١٣٩٨) رقم الحديث (١٧٧٥).
(١٠) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٤/٣٨٠).

(وَالْحُقْنَةُ) للتداوي (لِلرِّجَالِ، وَالنِّسَاءِ) جائزة؛ أي: الاحتقان في أي سبيل كان يجوز إذا أخبر الطبيب الحاذق بمنفعته، واضطر المريض إلى استعماله، لكن إذا كان شيء من المباحات.

(لَا بِمُحَرَّمٍ)؛ أي: لا يجوز استعمال الحقنة بما هو من المحرمات.

(كَالْخَمْرِ، وَنَحْوِهَا) من المسكرات لقوله ﷺ: «لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ»(١)(٢).

(وَلَا بَأْسَ بِرِزْقِ الْقَاضِي كِفَايَةً بِلَا شَرْطٍ)؛ يعني: يجوز أنْ يفرض(٣) للقاضي في بيت المال مقدار يكفيه، ويقوم بنفقة عياله؛ لأنّه ﷺ بعث عليّاً كرم الله وجهه إلى اليمن(٤)، وفرض له نفقة في بيت المال، ورزق علي رضي الله عنه(٥) شريحاً خمسمئة درهم، ورزق عمر رضي الله عنه(٦) أبا موسى الأشعري(٧) لمَّا جعله قاضي البصرة ستة الآف درهم(٨)؛ [ب/٤١٢] ولأنّ القاضي محبوس على النظر في مصالح المسلمين، فيكون نفقته في بيت مالهم، وهذا لأن الحبس من أسباب النفقة كما في الوصي والمضارب إذا سافر بمال المضاربة، ثمّ إنّ هذا ينبغي أنْ يكون بغير(٩) اشتراط، وإلا يكون حراماً؛ لكونه استئجار على الطاعات؛ لأنّ القضاء بالحق طاعة، بل

---

(١) أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، كتاب: الأشربة، باب: التداوي بالخمر، (٢٥٠/٩) رقم الحديث (١٧٠٩٧)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: الطب، باب: في الخمر يتداوى به والسكر، (٣٨/٥) رقم الحديث (٢٣٤٩٢)، قال الهيثمي: «رجاله رجال الصحيح». مجمع الزوائد: (١٤١/٥).

(٢) ينظر: بداية المبتدي: (ص: ٢٢٤).

(٣) في (ب): (تفرض).

(٤) ينظر: خليج البحار: ص٩١٩.

(٥) في (أ)، (ب): (رضه).

(٦) في (أ)، (ب): (رضه).

(٧) ينظر: خليج البحار: ص٧١٢.

(٨) أورده الزيلعي في نصب الراية: (٢٨٦/٤). والدراية في تخريج أحاديث الهداية: (٢٤٣/٢).

(٩) في (أ)، (ب): (لغير). والصواب ما أثبتناه من: (ج).

هو أفضل الطاعات، هذا إذا كان بيت [المال][١] موجوداً منتظماً[٢]، وإلا فقد قالوا: إنّه يأخذ ممن يحكم له؛ لأنّه أجيز[٣] له، [وكذلك له][٤] أنْ يأخذ ثمن القرطاس ونحوه ممّا يحتاج إليه التسجيل، والحكم، واختلفوا في تقدير ما يأخذ، فقال بعض العلماء: إنّه يأخذ مقدار ما كان يـأخذ من قبله من القضاء قل، أو كثر، وهذا ليس بتقدير، بل هو تقليد، ونقل بعض المتأخرين[٥] ما نصّه: «للقاضي أخذ الأجرة على كتبه السجلات، والمحاضر، وغيرها من الوثائق»[٦]؛ لأنّ الواجب عليه إنّما هو القضاء، وإيصال الحق إلى مستحقه لا كتابته، لكن إنّما يطيب له ذلك إذا أخذ ما يجوز أخذه لغيره، وقدره بأنّ الوثيقة إنْ كانت يتضمن مالاً يبلغ ألفاً، ففيه خمسة دراهم، وفي ألفين عشرة، وفي ثلاثة آلاف [خمس][٧] عشرة درهماً، وعلى هذا في [كل][٨] ألف خمسة[٩].

(**وَلَا بَأْسَ بِسَفَرِ الْأَمَةِ، وَأُمِّ الْوَلَدِ بِلَا مَحْرَمٍ**)؛ لأنّ الأمة بمنزلة المحرم لعامّة الرجال فيما يرجع إلى النّظر، والمسّ حالة الإركاب، وأم الولد كذلك لقيام الرِّقّ فيها، قالوا: هذا في زمانهم لغلبة أهل الصلاح، وأمّا في زماننا لا يجوز السفر بلا محرم لغلبة أهل الفساد، وبه يفتى، (**وَالْخَلْوَةِ بِهَا، قِيلَ: تُبَاحُ، وَقِيلَ: لَا**) تباح؛ يعني: أنّ خلوة غير المولى، وغير المَحْرم بالأمة، وأم الولد.

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) في (أ): (متضمناً)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٣) في (أ)، (ب): (أجير)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ومنهم: الإمام جلال الدِّين، أبو المحامد حامد بن محمد رحمه الله تعالى. ينظر: لسان الحكام: (ص: ٢١٩).
(٦) ينظر: المصدر السابق.
(٧) سقط من: (أ)، (ب).
(٨) سقط من: (أ)، (ب).
(٩) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣٨١/٤ ـ ٣٨٢)؛ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٢/٨).

قيل: إنّها تجوز قياساً على النظر إليها، والمس، وقيل: لا، وهو الصّحيح، وعليه الفتوى؛ لإطلاق [النص في حق الرَّجل والمرأة؛ أعني][١]: قوله ﷺ: «مَا خَلَا رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ إلا وَكَانَ الشَّيْطَانُ ثَالِثَهُمَا»[٢]، والترجيح لجانب الحرمة، فالعمل بالثّاني أولى[٣].

(وَيُكْرَهُ جَعْلُ الرَّايَةِ فِي عُنُقِ الْعَبْدِ)، والراية: هي الغل يعمل من الحديد ونحوه، ويجعل في عنق العبد إذا هرب عقوبة له[٤]؛ لأنّ الرفق بالمماليك مندوب شرعاً، وفي جعل الغل في عنقه ترك ذلك؛ ولأنّه عقوبة أهل النار، (لَا تَقْيِيدُهُ)[٥]؛ أي: لا يُكره وضع القيد في رِجله تحرزاً عن إباقه[٦].

(وَيُكْرَهُ أَنْ يُقْرِضَ أحد بَقَّالاً دِرْهَماً لِيَأْخُذَ مِنْهُ بِهِ مَا يَحْتَاجُ) إليه من الحوائج شيئاً، فشيئاً (إِلَى أَنْ يَسْتَغْرِقَهُ)؛ لأنّ فيه شبهة تأجيل القرض[٧].

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) أخرجه الترمذي في سننه، بلفظ: (خطبنا عمر بالجابية، فقال: يا أيها الناس إني قمت فيكم كمقام رسول الله ﷺ فينا، فقال: «أوصيكم بأصحابي، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرَّجل، ولا يستحلف، ويشهد الشاهد، ولا يستشهد ألا لا يخلون رَجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان عليكم بالجماعة وإياكم والفرقة، فإن الشيطان مع الواحد، وهو من الاثنين أبعد من أراد بحبوحة الجنة، فيلزم الجماعة، من سرته حسنته وساءته سيئته فذلك المؤمن»). كتاب: الفتن عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء في لزوم الجماعة، (٤/٤٦٥) رقم الحديث (٢١٦٥) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند الخلفاء الراشدين، (١/٢٦٨ ـ ٢٦٩) رقم الحديث (١١٤)، قال شعيب الأرناؤوط: «إسناده صحيح». مسند أحمد: (١/٢٦٩).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٦/٣٤)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (١/٣١٩).

(٤) ينظر: العين: (٨/٣١٣).

(٥) في (ج): (بتقيده).

(٦) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: (٦/٣٢).

(٧) ينظر: العناية شرح الهداية: (١٠/٦١).

(وَالسُّنَّةُ تَقْلِيمُ الْأَظَافِرِ) جمع أظفور[(١)]؛ بمعنى: الظُّفُر[(٢)].

ويُستحب قلمها يوم الجمعة؛ [لما روت عائشة رضي الله عنها عن رسول الله أنّه قال: «مَنْ قَلَّمَ أَظَافِيرَهُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ][(٣)] أعَاذَهُ[(٤)] الله تَعَالَى مِنَ البَلَايَا إلى الجُمُعَةِ الأخرَى، وَزِيَادَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ»[(٥)].

(ونَتْفُ الْإِبْطِ) إنْ لم يتألم صاحبه بذلك، وإلا، فحلقه جائز[(٦)].

(وَحَلْقُ الْعَانَةِ): وهو أولى من إزالة شَعرها بالنورة[(٧)]، ونحوها[(٨)].

(وَالشَّارِبِ، وَقَصُّهُ حَسَنٌ)، وتركه للغازي[(٩)] في دار الحرب مندوب إليه؛ ليكون أهيب في [أ/٤١٣] عين العدو، ثمّ إنّ عطف الشارب على العانة كما هو فيما وقع لنا من النسخ ينتفى[(١٠)] جواز حلقه كما يفعله[(١١)] بعض المتصوفة[(١٢)]، وفيه أثر أيضاً، لكن الأولى ما ذهب إليه جمهور

(١) في (ج): (الظفر).
(٢) ينظر: العين (٣١٣/٨).
(٣) سقط من: (أ، ب).
(٤) في (أ): (إعاذة)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٥) وروي عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ـ ﷺ ـ: «مَنْ تَوَضَّأَ فَأَحْسَنَ الْوُضُوءَ، ثُمَّ أَتَى الْجُمُعَةَ، فَدَنَا وَأَنْصَتَ وَاسْتَمَعَ، غُفِرَ لَهُ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجُمُعَةِ الْأُخْرَى، وَزِيَادَةُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَمَنْ مَسَّ الْحَصَى فَقَدْ لَغَا» سنن ابن ماجه، كتاب: الصلاة، بَابُ: مَا جَاءَ فِي الرُّخْصَةِ فِي ذَلِكَ (١٩٠/٢) بالرقم (١٠٩٠)، إسناده صحيح.
(٦) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٧٦/٥)؛ الاختيار لتعليل المختار: (١٦٧/٤).
(٧) في (ج): (بالفورة).
(٨) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٦٧/٤).
(٩) الغازي: اسم فاعل من غزا، وهو مجاهد محارب في سبيل الله تعالى. ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة: (١٦١٧/٢).
(١٠) في (ج): (يقتضى).
(١١) في (أ): (يعقله)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(١٢) في (ب، ج): (المنصوفة).

الفقهاء المحققين بأنّه يقص إلى أنْ تظهر الشفة العليا، ويكون مقداره، وشكله كالحاجب، [وأما ما هو متأخر عن الشفة وهو السبال[١]، فالأولى توفيره، وذلك ممّا يؤثر عن عمر[٢]؛ لأنّ ذلك لا يستر الفم، ولا يبقى فيه عمر الطعام.

وبقى الكلام في ضرب المدة لهذه المذكورات، فقيل: إنّ ذلك يكون في كل أسبوع مرة.

وقيل: في خمسة عشر يوماً، وفي أربعين يوماً، فالأول أقل، والثالث أكثر وأبعد، وإنّما يكون إذا كان ثمة عذر يُوجب التأخير، والقول الثاني هو المتوسط، وهو المختار][٣]، ثمّ إنّ المصنِّف لم يتعرض لذكر اللحية بناءً على أنّ الناس متفاوتون في ذلك إذا طالت اللحية، وعرضت، فلا بأس من طولها، وعرضها، ثُمّ يأخذ من عرضها مقداراً يليق بطولها؛ لأنّ التوسط في كل شيء أحسن[٤].

(وَلَا بَأْسَ بِدُخُولِ الْحَمَّامِ لِلرِّجَالِ، وَالنِّسَاءِ إِذَا اتَّزَرَ) الداخل؛ أي: إنْ شد على موضع العورة منه إزاراً؛ لئلا ينظر النّاس إليه.

(وَغَضَّ بَصَرَهُ) عن النظر إلى غيره، لئلا ينسب إلى الوقاحة، وقد رُوي عن كثير من الصحابة، والتابعين أنّهم دخلوا الحَمَّامات في أرض الشّام[٥]،

---

(١) السبال: طرفا الشارب. ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٥٥٠/٢).

(٢) أخرجه الإمام الطبراني في المعجم الكبير: (٦٦/١) بالرقم (٥٤)، الجامع الصحيح للسنن والمسانيد، باب: كيفية قص الشارب، رجاله رجال الصحيح. ينظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: (١٦٦/٥).

(٣) من قوله: (وأما ما هو متأخر عن الشفة) إلى قوله: (وهو المختار) سقط من: (ج).

(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٦٧/٤)؛ اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: (٦٤٢/٢).

(٥) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٤٧/١٠ ـ ١٤٨)؛ الاختيار لتعليل المختار: (١٦٨/٤).

فقال بعضهم: «نعم البيت الحَمَّام يطهر[١] البدن، ويذكر النّار»[٢]، ويُنسب هذا [القول][٣] إلى أبي الدرداء[٤]، وأبي[٥] أيوب الأنصاري[٦][٧].

(وَيُسْتَحَبُّ اتِّخَاذُ الْأَوْعِيَةِ لِنَقْلِ الْمَاءِ إِلَى الْبُيُوتِ)، وهذا في الأماكن التي يكون الماء بحيث يُؤتى به من الخارج، ويُنقل إلى البيوت.

(وَكَوْنُهَا مِنْ الْخَزَفِ[٨] أَفْضَلُ) ـ وهو بالخاء، والزاي[٩] المعجمتين ـ ما يعمل من الماء، والطين، ويشوى[١٠]، وذلك كالجرار[١١]، والكيزان[١٢]، ونحوهما.

وكذلك ما يعمل من الخشب؛ لأنّ ذلك أقرب إلى التواضع،

---

(١) في (أ): (يطهرن)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل: (٤١٤/٢).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) هو عويمر بن مالك بن قيس بن أمية الأنصاري الخزرجي، صحابي، من الحكماء الفرسان القضاة، كان قبل البعثة تاجراً في المدينة، ثم انقطع للعبادة، ولما ظهر الإسلام اشتهر بالشجاعة والنسك. الأعلام، للزركلي: (٩٨/٥).
(٥) في (أ): (وأبو)، والصواب ما أثبتناه من: (ب، ج).
(٦) هو خالد بن زيد بن كليب بن ثعلبة، أبو أيُّوب الأنصاري، من بني النجار، صحابي، شهد العقبة وبدراً وأحداً والخندق وسائر المشاهد، وكان شجاعاً صابراً تقيّاً محبّاً للغزو والجهاد، عاش إلى أيام بني أمية، وكان يسكن المدينة، فرحل إلى الشام، ولما غزا يزيد القسطنطينية في خلافة أبيه معاوية، صحبه أبو أيوب غازياً، فحضر الوقائع، ومرض، فأوصى أن يوغل به في أرض العدوّ، فلما توفي دُفن في أصل حصن القسطنطينية سنة (٥٢هـ). الأعلام، للزركلي: (٢٩٥/٢).
(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٠٣/١)، بالرقم (١١٦٧)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، باب: ما جاء في دخول الحمام (٥٠٤/٧)، بالرقم (١٤٨٠٨).
(٨) في (ج): (الحذف).
(٩) في (أ)، (ب): (والزاء)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(١٠) ينظر: لسان العرب: (٦٧/٩)، القاموس المحيط: (ص: ٨٠٤).
(١١) في (ج): (كالحجر). والجرار: آنية من خزف. ينظر: تهذيب اللغة: (٢٥٤/١٠).
(١٢) الكيزان: جمع كوز وهو معروف. ينظر: العين: (٣٩٤/٥).

وفي الحديث: «إنَّ الله وملائكته يصلون[١] على أهل بيت آنيتهم الخزف»[٢] مع ما فيها من المجانسة؛ لأنّ[٣] الأنسان يخلق من [الماء و][٤] الطين[٥].

وَلَا بَأْسَ بما يكون من الزجاج كما يؤثر عن ابن عباس[٦].

(وَلا بَأس بِسِتْرِ حِيطَانِ الْبَيْتِ بِاللُّبُود)[٧] لدفع (لِلْبَرْدِ، وَيُكْرَهُ) [إذا كان][٨] (لِلزِّينَةِ، وَكَذَا) [الحال في][٩] (إِرْخَاءُ السِّتْرِ عَلَى الْبَيْتِ)؛ [أي: على بابه؛ أي][١٠][١١]؛ إذا كان لمجرد الخيلاء، وإظهار القدرة، فلا شك في الكراهة؛ لأنّه من دأب المترفين[١٢].

(وَإِذَا أَدَّى الْفَرَائِضَ) وما بينهما من السنن المذكور[١٣].

(وَأَحَبَّ أَنْ يَتَنَعَّمَ بِمَنْظَرٍ حَسَنٍ) [من الحلال][١٤].

(وَجِوَارٍ جَمِيلَةٍ، فَلَا بَأْسَ) به، وهذا ممّا يؤثر عن الإمام مالك بن

---

(١) في (ج): زيادة: (يصلون على النبي).
(٢) ينظر: مجمع الأنهر: ٥٥٦/٢.
(٣) في (أ)، (ب): (فإنّ)، والصواب ما أثبتناه من: (ج).
(٤) سقط من: (أ، ب).
(٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٥/٤).
(٦) ينظر: الجوهرة النيرة: ٢٨٢/٢.
(٧) اللبود: هو كل شيء ألصقته بشيء إلصاقاً شديداً فقد لبدته. ينظر: تاج العروس (١٦٢/٩).
(٨) سقط من: (أ، ب).
(٩) سقط من: (أ، ب).
(١٠) سقط من: (أ، ب).
(١١) سقط من: (ب).
(١٢) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٣٧٨/٥).
(١٣) في (ب، ج): (المؤكدة).
(١٤) سقط من: (أ، ب).

أنس صاحب المذهب لما كتب إليه يحيى بن سعيد[(١)]: «**بأنّه بلغنا أنّك تأكل الدقاق، وتلبس الرقاق، وأنت إمام المسلمين، فعليك بالتواضع ليقتدى بك**»[(٢)]، فأرسل الإمام مالك إليه يقول مقتبساً: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ﴾ [الأعراف: ٣٢] ونحن نفعل ذلك، ونرجو أنْ [ب/٤١٣] يغفر الله تعالى (**وَالْقَنَاعَةُ بِأَدْنَى الْكِفَايَةِ، وَصَرْفُ الْبَاقِي إِلَى مَا يَنْتَفِعُ**[(٣)] **فِي الْآخِرَةِ أَوْلَى**)، والكل حسن إذا روعي فيه جانب العدالة[(٤)].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) يحيى بن سعيد بن فروخ القطان التميمي، أبو سعيد: من حفاظ الحديث، ثقة حجة، من أقران مالك وشعبة، من أهل البصرة، كان يفتي بقول أبي حنيفة، له كتاب «المغازي»، توفي (١٩٨هـ). ينظر: الأعلام، للزركلي: (١٤٧/٨).

(٢) ينظر: إحياء علوم الدين: ١٣٠/١.

(٣) في (ب، ج): (ما ينفع).

(٤) ينظر: الكسب: (ص: ١١٩).

فهرس الموضوعات
المجلد الرابع

الموضوع ... الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة